Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Eugen Jehle

Referendar.

Reutlingen.

Gotthold Schauwecker.

1908.

Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Eugen Jehle

Referendar.

Reutlingen.

Gotthold Schauwecker.

1908.

Genehmigt am 5. November 1908.

Referent: Professor Dr. M. v. Rümelin
Kanzler der Universität Tübingen.

Die mit vorstehendem Thema zusammenhängenden Fragen sind in neuester Zeit eingehend behandelt worden von Rosenberg in seinem Buche „Stellvertretung im Prozess“ (Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1908). Es wird daher in dieser Arbeit wiederholt Gelegenheit gegeben sein, auf die Ausführungen Rosenbergs a. a. O., namentlich S. 577 ff. Bezug zu nehmen. Es mag jedoch hier gleich bemerkt werden, dass die Ansichten des Verfassers dieser Abhandlung samt ihrer Begründung schon vor dem Erscheinen des Rosenbergschen Buches festgelegt waren. Es hat daher der Verfasser dieser Arbeit seine eigenen Darlegungen beibehalten und daneben auf die vielfach übereinstimmenden Ausführungen Rosenbergs verwiesen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547017_0151

Inhaltsverzeichnis.

I. Die rechtliche Natur der Bevollmächtigung . . . . . § 1. S. 7

II. Die verschiedenen Arten der Bevollmächtigung.

1. Die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden . . . . . § 2. S. 15

2. Die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten . . . . . § 3. S. 29

III. Die Kundgebung der Bevollmächtigung . . . . . § 4. S. 39

IV. Willensfähigkeit des Vollmachtgebers.

1. Geschäftsunfähigkeit und verwandte Tatbestände . . § 5. S. 55

2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit . . . . . § 6. S. 61

V. Willensmängel des Vollmachtgebers.

1. Mentalreservation . . . . . § 7. S. 68

2. Simulation . . . . . § 8. S. 78

3. Scherz . . . . . § 9. S. 85

4. Irrtum . . . . . § 10. S. 89

5. Unrichtige Übermittelung . . . . . § 11. S. 105

6. Arglistige Täuschung . . . . . § 12. S. 105

7. Drohung . . . . . § 13. S. 115

§ 1.

I. Die rechtliche Natur der Bevollmächtigung.

Die Bevollmächtigung ist nach herrschender Meinung ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Die Bevollmächtigung ist Rechtsgeschäft; das sagt das BGB selbst mit klaren Worten in § 166 Abs. 2, es spricht dort von einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht im Gegensatz zu der durch Gesetz erteilten und führt hiebei für die erstere den Ausdruck „Vollmacht" als gesetzlichen ein.

Über die rechtsgeschäftliche Natur der Bevollmächtigung sind denn auch die meisten Schriftsteller zum BGB einig. Nur R. Leonhard, Allgemeiner Teil S. 314 leugnet, dass die Vollmacht ein selbständiges Rechtsgeschäft ist, er will vielmehr nur eine Willenserklärung annehmen. Er schreibt darüber folgendes: „Eine Vollmacht ist eine Erklärung oder eine über diese Erklärung aufgenommene Urkunde, in der einem anderen das Recht zuerteilt wird, über den Herrschaftskreis des Vollmachtgebers statt dessen zu verfügen. Ein für sich selbständiges Rechtsgeschäft ist daher die Vollmacht ebenso wenig, wie das Vertragsanerbieten und die Vertragsannahme. Sie ist nur eine Willenserklärung, die einen Teil des Geschäftsabschlusses durch einen Beauftragten bildet, einen Zusatz zu den übrigen Teilen, nicht zum Ganzen" und weiter: „Wenn man die Vollmacht als besonderes Geschäft bezeichnen will, so darf man sie höchstens ein Hilfsgeschäft nennen, das für sich allein keine Rechtsfolgen hat." Diese Ausführungen sind nicht beweiskräftig, zumal eine eigentümliche dem regelmässigen Sprachgebrauch des BGB nicht entsprechende Verwendung des Begriffes „Vollmacht" auffällt, sie beruhen hauptsächlich auf der Vermengung des Ausführungsgeschäfts und der Vollmachtserteilung.

Ferner ist nicht einzusehen, warum nicht die Vertretungsmacht als genügende Rechtsfolge anzusehen ist. Eine eingehende Verteidigung der rechtsgeschäftlichen Natur der Bevollmächtigung, die ja durch das BGB ausser Frage gestellt und die, wenn sie sich nicht aus dem hergebrachten Begriff des Rechtsgeschäfts ergeben würde, eine Revision desselben auf der Grundlage des BGB fordern würde, findet sich bei Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1900 S. 211 ff. und Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte im 5. Heft der Studien von Leonhard S. 14, 20, 93.

Hupka, Die Vollmacht 1900, S. 26 Anm. 1 führt aus, die Vollmachtserteilung als solche bezwecke und bewirke allerdings keine unmittelbare reale Rechtsveränderung und man könne daher zweifeln, ob man sie unter die Rechtsgeschäfte im eigentlichen Sinne stellen soll; jedoch will Hupka den rechtsgeschäftlichen Charakter als solchen nicht leugnen. Diese Ausführungen von Hupka finden sich bereits in den Redaktoren-Motiven nebst Vorlagen der I. Kommission (Redaktor Dr. Gebhard) zweiter Abschnitt, zweiter Titel S. 167, es heisst dort: „Die Vollmachtserteilung ist ein Rechtsgeschäft, obwohl durch sie eine Veränderung in der Rechtswelt nicht unmittelbar hervorgebracht, sondern nur eine Tatsache mit einer rechterzeugenden Kraft begabt wird, deren sie an und für sich entbehrt.“ Auch hiemit ist nur gesagt, dass eben die Bevollmächtigung ein eigenartiges Rechtsgeschäft ist wie z. B. auch die Zustimmung.

Da die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft im Sinne des BGB ist, so sind auch die bezüglichen Rechtssätze des Allgemeinen Teils, dritter Abschnitt, anzuwenden. Dies wird schon in den Protokollen der II. Kommission S. 142 als selbstverständlich angesehen und auch von der Literatur für das BGB angenommen, ebenso hat sich das Reichsgericht in Civilsachen Bd. 52 S. 99 und 100 auf diesen Standpunkt gestellt, da es auch eine Anwendbarkeit des § 138 BGB an sich für möglich erachtet. Selbst R. Leonhard, der in der Bevollmächtigung nur eine Willenserklärung sieht, müsste für die Frage der Willensfähigkeit und der Willensmängel im wesentlichen zu denselben Resultaten gelangen, da das BGB in den betreffenden Vorschriften meistens von Willenserklärungen spricht und zudem die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung keineswegs scharf unterscheidet.

Die Bevollmächtigung ist fernerhin ein einseitiges Rechtsgeschäft. Auch dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des BGB § 167 und wird daher nahezu allgemein anerkannt. Geleugnet wird es von Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung Band 1 1900, der sich jedoch hiemit nach seinen eigenen Ausführungen im Gegensatz zum BGB befindet und somit de lege ferenda schreibt, und von Dniestrzánski, Die Aufträge zugunsten Dritter 1904. Letzterer Schriftsteller will seine Ausführungen auf das Handelsgesetzbuch stützen und bespricht hier den Art. 58 des alten HGB. Er entdeckt dabei einen neuen Rechtsbegriff bezw. ein neues Rechtsgeschäft und zwar einen Vertrag, den „Auftrag", der jedoch bereits in den entsprechenden Vorschriften des neuen HGB und vollends im BGB nicht unterzubringen ist. Dieser Auftrag ist eine eigenartige Fiktion dieses Schriftstellers, ja man ist sogar versucht, zu glauben, dass dieser Auftrag eine Mystifikation der Vollmacht ist. Dies ergibt sich namentlich aus den Ausführungen S. 90, 108 und 109. Während Dniestrzánski S. 110 unten die Auffassung verwirft, dass ausserhalb eines Dienstverhältnisses und unabhängig von demselben eine abstrakte Schöpfung, „die Vollmacht" einhergehe, steht er nicht an, zu behaupten, dass neben einem solchen Dienstverhältnis allerdings seine Schöpfung „der Auftrag" einherschreite, der gemäss dem S. 109 Ausgeführten von der Gültigkeit des Dienstvertrages unabhängig, also abstrakt im obigen Sinne ist. Vor diese Wahl gestellt, entweder das Bestehen einer wenn auch auf einseitigem Rechtsgeschäft beruhenden, so doch im Gesetze klar gegründeten abstrakten Vollmacht oder eines abstrakten Auftrages im Sinne des genannten Schriftstellers anzunehmen, wird man sich unschwer für das erstere entscheiden.

Aber auch die Beispiele S. 95 ff., welche die Unhaltbarkeit der Theorie, die die Vollmacht zu einem streng einseitigen Akte zu erheben trachtet, dartun sollen, lassen sich auf Grund des positiven Rechts des BGB in befriedigender Weise lösen. Als erstes Beispiel setzt Dniestrzánski folgenden Fall: „Ich verweile vorläufig bei einem Gutsbesitzer G, der mir seine Pferde zum Kaufe anbietet. Unter diesen gefällt mir ein Hengst, den ich gerne kaufen möchte; da ich mir aber nicht zutraue, erkläre ich dem Eigentümer, einen Sachverständigen S zu ihm schicken zu wollen, der diesen Hengst nach vorhergegangener Prüfung für mich kaufen solle. Der Gutsbesitzer ist damit einverstanden und wartet die Ankunft

des S ab. Inzwischen gehe ich zu S und erteile ihm den Auftrag, dass er mit G in meinem Namen in Verhandlung trete und den Hengst für mich kaufe. Der Sachverständige will aber den Auftrag nicht annehmen, da er diesen Hengst bereits gesehen und ihn für sich selbst kaufen wollte. Nach der Theorie des einseitigen Aktes ist aber für die Bevollmächtigung die Annahme des Auftrages gar nicht nötig, und wider Willen ist er hier mein Bevollmächtigter, so dass, wenn er, ohne etwas zu erwähnen, den Hengst vom Gutsbesitzer G kauft, der Kauf als in meinem Namen abgeschlossen gilt. Auf Grund dessen steht mir also das Recht zu, den G auf Übergabe des Pferdes zu klagen, obwohl S den Hengst für sich kaufen wollte." Die richtige Lösung dürfte folgende sein: S ist gemäss § 167 Abs. 1 zum Ankaufe des Pferdes bevollmächtigt. er hat jedoch den Antrag zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages, vermöge dessen er verpflichtet werden sollte, von der ihm eröffneten Möglichkeit Kaufwirkungen für den Vollmachtgeber herbeizuführen Gebrauch zu machen, nicht angenommen.

Schliesst nunmehr S den Kaufvertrag mit G im eigenen Namen und das wird normalerweise in einem solchen Falle ausdrücklich von ihm hervorgehoben werden, zumal da auch die erfolgte Vollmachtserteilung den G veranlassen wird, darüber Klarheit zu schaffen. so ist S allein aus dem Kaufvertrag berechtigt und verpflichtet. Wird allerdings der Kaufvertrag zwischen S und G, ohne dass S erwähnt im eigenen Namen zu handeln, geschlossen, so ergibt sich im Verhältnisse der beiden gemäss dem Vorangegangenen aus den Umständen, dass das Kaufgeschäft im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen ist. Es ist nun denkbar, dass S sich bewusst ist. dass seine Willenserklärung als eine im Namen des Vollmachtgebers erfolgte angesehen werden muss und dass er dies auch nach aussen so will, weil G das Pferd nicht an ihn verkaufen würde; in diesem Falle liegt ein geheimer Vorbehalt dahingehend vor, dass S die Kaufwillenserklärung nur als eine im eigenen Namen abgegebene will, derselbe ist jedoch dem gesunden Rechtsgefühl entsprechend auch für das BGB unbeachtlich § 116. Oder aber S meint, dass sich der Wille, den Kaufvertrag im eigenen Namen zu schliessen, aus seiner Erklärung ergebe, während die Auslegung ein Handeln im fremden Namen ergibt: hier kann S, da der Ausnahmerechtssatz des § 164 Abs. 2 eine Anwendung nicht zu finden vermag, seine Kaufwillenserklärung gemäss § 119

anfechten, so dass der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen ist.[1])

Sollte jedoch die Auslegung der Kaufwillenserklärungen ausnahmsweise ergeben, dass der Kaufvertrag seitens des S mit G trotz Mangels ausdrücklicher Erwähnung als im eigenen Namen abgeschlossen zu betrachten ist, so steht es dem G, der seine Kaufwillenserklärung gegenüber dem S als Stellvertreter abgeben wollte, dies aber nicht zum Ausdruck gebracht hat, frei, den Kaufvertrag anzufechten und dessen Nichtigkeit hiedurch herbeizuführen.

Wir wenden uns nunmehr zu dem zweiten Beispiel, bei dem sich allerdings auch Dniestrzánski sehr vorsichtig ausdrückt. Er führt hier S. 96 oben folgendes aus: „Ich will ein Grundstück kaufen und erkläre dem Eigentümer G, dass ich mit ihm durch den Bevollmächtigten B darüber verhandeln wolle. B kann aber die Bevollmächtigung aus Mangel an Zeit nicht annehmen und schlägt den Auftrag aus. Ich bin daher genötigt zum S zu gehen, der meinen Auftrag, das Grundstück in meinem Namen zu kaufen, annimmt, sich zu G sofort begibt und das Grundstück für mich erwirbt. Niemand wird hier zweifeln können, dass S in meinem Namen gültig gehandelt habe; wäre aber die Vollmacht lediglich ein einseitiger Akt, so könnte allerdings zweifelhaft sein, ob S das Recht habe, für mich zu handeln, zumal dem G gegenüber nicht S, sondern B als Bevollmächtigter erscheine.“ Hiezu ist zu bemerken, dass dem Vollmachtgeber unzweifelhaft die Möglichkeit gegeben ist, mehrere Personen zu demselben Rechtsgeschäft zu bevollmächtigen. Zunächst ist B bevollmächtigt worden, der jedoch einen Geschäftsbesorgungsvertrag nicht schliessen will und von dem daher ein Gebrauch der Vollmacht durch Abschluss eines Kaufvertrages

[1]) Man möchte versucht sein im Anschluss an die Ausführungen von Hupka a. a. O. S. 138 unter Heranziehung des § 139 nur eine teilweise Nichtigkeit des Kaufvertrages anzunehmen, insoweit eben die Kaufwillenserklärungen als im Namen des Vollmachtgebers abgegeben erscheinen und nunmehr zu prüfen, ob G den Kaufvertrag auch mit S als Eigenkontrahenten geschlossen haben würde. Dies erscheint jedoch als unhaltbar, da die Kaufwillenserklärung, mag sie im eigenen oder fremden Namen abgegeben sein, einheitlich und unteilbar ist und die Willenstheorie sowie die auf ihr beruhende Anfechtung nicht dahin führen kann, dass an Stelle der mit dem innern Willen nicht übereinstimmenden und daher nichtigen Erklärung nunmehr positiv eine diesem Willen entsprechende Erklärung gesetzt wird (siehe namentlich Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907 S. 155 ff.).

mit G nicht zu erwarten ist. Daher ist nunmehr S bevollmächtigt worden, der den Kaufvertrag mit Wirkung für den Vollmachtgeber abschliesst. Es kann allerdings G den S fragen, warum nicht B gekommen sei, er kann sich auch über die Vertretungsmacht des S informieren, so Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangen, da er ja das Kaufgeschäft nicht zu schliessen braucht. Soweit G das nicht tut und S im Namen des Vollmachtgebers gehandelt hat, ist der Kaufvertrag für denselben wirksam abgeschlossen § 164 Abs. 1 BGB.

Für die Auffassung der Bevollmächtigung als Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ist neuerdings v. Seeler. Vollmacht und Scheinvollmacht im 28. Bande des Archivs für Bürgerliches Recht 1906, und zwar mit besonderer Bezugnahme auf das positive Recht des BGB eingetreten. Auf diese Ausführungen von v. Seeler wird im Laufe dieser Arbeit noch wiederholt zurückzukommen sein; hier mag vorerst zu S. 9 ff. hervorgehoben werden, dass die herrschende Lehre keineswegs verkennt, dass die Vollmacht auch in einem Vertrage d. h. im Zusammenhang mit einem solchen, gewissermassen als Bestandteil desselben erteilt werden kann, woraus sich unter Umständen die Anwendbarkeit des § 139 ergeben würde, wenn der Vertrag, mit dem im Zusammenhang die Vollmacht erteilt wurde, nichtig ist (vergl. Kipp im 57. Band von Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht S. 215). Die Bevollmächtigung ist jedoch auch in solchen Fällen juristisch von dem damit zusammenhängenden Vertrage zu unterscheiden, sie bleibt ungeachtet dieser Verbindung eine einseitige Willenserklärung und wird nicht zum Vertrag. In einem Gesellschaftsvertrag kann eine Vollmacht erteilt werden, in einem Gesellschaftsvertrag können einseitige dingliche Rechtsgeschäfte vorkommen,[1]) aber alle diese unter sich zusammenhängenden Rechtsgeschäfte sind rechtlich völlig verschieden. In einem Erbvertrage können letztwillige Verfügungen getroffen werden § 2299 BGB, kann eine Bestimmung des Dritten gemäss § 332 BGB erfolgen, trotzdem wird man nicht behaupten wollen, dass in diesen Fällen die letztwillige Verfügung oder die Bestimmung des Dritten als Vertrag aufzufassen sei. Die Berufung von Seelers

[1]) Ein Gesellschafter erklärt, dass er ein Recht an einem in die Gesellschaft einzubringenden Grundstücke aufgebe § 875 BGB.

auf den § 715 BGB ist somit nicht durchschlagend (vergl. namentlich Biermann, Bürgerliches Recht, erster Band 1908 S. 264 Anm. 2 und Enneccerus-Jäger, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, dritte Auflage 1905 S. 429, 430).

Ebensowenig beweiskräftig sind die weiteren Darlegungen von Seelers namentlich S. 15, wonach, wenn A dem X gegenüber erklärt, er bevollmächtige den B, hiedurch eine Vollmacht des B noch nicht entstanden sei, vielmehr X als Bote des A diese Vollmachtserklärung dem B ausrichten müsse, der nunmehr erst durch Annahme des ihm durch den Boten übermittelten Antrags auf Abschluss eines Bevollmächtigungsvertrages Vollmacht erhalte. Dieser vielbetretene Weg der Botenschaft erfordert eine überaus künstliche, dem Leben fremde und daher nur mit Fiktionen arbeitende Auslegung der Erklärung des Vollmachtgebers, er führt aber auch zu Ergebnissen, die weder mit dem Gesetze vereinbar noch praktisch brauchbar sind. Denn nach dieser Ansicht wäre in allen Fällen, in denen X die ihm gewordene Vollmachtserklärung nicht erwähnt, weil er meint, B sei von derselben benachrichtigt worden, ein im Namen des A geschlossenes Rechtsgeschäft ohne Vertretungsmacht geschlossen. Oder A hat gegenüber beliebigen Personen erklärt, dass er den B zur Empfangnahme von Kündigungen, Mahnungen, Wahlerklärungen usw. bevollmächtige, so dass B einen Stoss von Briefen mit solchen ihm gegenüber als Vertreter des A abgegebenen Erklärungen bekommt; wenn nun B über diese Belästigung erbost sämtliche Briefe in eine Ecke wirft, also weit davon entfernt ist, die Annahme eines Antrags auf Abschluss eines Bevollmächtigungsvertrages zu betätigen, so wären alle diese Erklärungen einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gegenüber abgegeben und daher für A unwirksam.

Diese Konsequenzen seiner Ansicht will von Seeler allerdings dadurch vermeiden, dass er in diesen Fällen eine Scheinvollmacht annimmt, die jedoch nichts anderes als eine wahre Vollmacht auf Grund des § 167 BGB ist und mit den Fällen der §§ 171, 172 namentlich in Verbindung mit § 173 gar nichts gemein hat.

Für die Richtigkeit seiner Willensauslegung führt von Seeler noch folgendes Beispiel an: „A erklärt dem X, er bevollmächtige den B zur Führung eines Geschäfts, dessen Führung „den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“ (§ 612. § 632). X schliesst das Geschäft mit B ab bei gleichzeitiger Mit-

teilung, dass ihm von A eine solche „Bevollmächtigungserklärung“ zugegangen sei. Wenn nun B hierauf von A die Zahlung einer angemessenen Vergütung verlangt, so hege ich nicht den mindesten Zweifel, dass jeder Richter im Deutschen Reich ihm diese Vergütung zusprechen würde, weil eben zwischen A und B ein Geschäftsführungsvertrag zustande gekommen war; dieser Geschäftsführungsvertrag ist aber hier ein Bevollmächtigungsvertrag und somit ist dem B die Vollmacht durch Vertrag erteilt worden.“ Der Richter, der unsere Ansicht vertritt, wird weder annehmen, dass X als Bote seitens A aufgestellt wurde, noch dass die Mitteilung des X eine Ausrichtung eines Antrags auf Abschluss eines Bevollmächtigungsvertrages enthält, und doch auf Grund des § 683 BGB zu dem gewünschten Ergebnis gelangen können (vgl. Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, zweiter Band, dritte Auflage 1907, S. 694 unten Ziff. 3, a und Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, neunte Auflage 1903, erster Band, S. 1123 Anm. 26). Es steht ferner diesem Richter die Möglichkeit offen, sich der Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Band 52 S. 365 anzuschliessen; aber auch in diesem Falle wird er nicht anzunehmen brauchen, dass X als Bote seitens A aufgestellt wurde, da es genügt, wenn B auch nur zufällig erfährt, dass A eine Geschäftsbesorgung von ihm wünscht, und ebenso wird er die Vollmacht des B, die durch die Erklärung an X perfekt geworden ist, und den Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen A und B, der erst durch das Tätigwerden des B gemäss § 151 BGB zustande gekommen ist, wohl zu unterscheiden wissen.

Die Bevollmächtigung ist aber auch ein empfangsbedürftiges, nach Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band § 193 S. 347 ein ankunftsbedürftiges Rechtsgeschäft. Auch dies wird allgemein anerkannt, ausdrücklich geleugnet von Dernburg, Bürgerliches Recht, erster Band, 3. Auflage S. 533. Die ganze Frage hängt zusammen mit der Bedeutung der Kundgebung der §§ 171, 172 und kann erst unten näher erörtert werden, wobei sich ergeben muss, ob nicht auch das bisher über die Entstehung der Vollmacht Ausgeführte einer Revision dahingehend bedarf, dass dieselbe im Gegensatz zu § 166 Abs. 2 BGB auch durch eine Rechtshandlung herbeigeführt werden kann (ablehnend namentlich Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dernburg § 1).

II. Die verschiedenen Arten der Bevollmächtigung.

§ 2.

1. Die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden.

Die Vollmachtserteilung kann gemäss § 167 BGB erfolgen durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Dies kann in Anbetracht des klaren Wortlauts des Gesetzes nicht bestritten werden, was auch fast die gesamte Literatur zum BGB anerkennt, so namentlich die speziellen Schriften von Hupka a. a. O. S. 95 ff., besonders S. 109, Biermann Festgabe S. 108, Isay a. a. O. S. 209, Eccius in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 47 S. 210.

Diese Vollmachtserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Das sagt das Gesetz selbst und wird auch allgemein gelehrt (a. A. Dernburg a. a. O. S. 533). Es gilt dies auch für die Vollmachtserteilung durch konkludente Handlungen, wobei unter Umständen zum Schutze dritter Personen die Analogie der öffentlichen Bekanntmachung des § 171 herangezogen werden kann. Soweit die Vollmachtserteilung in Abwesenheit des zu Bevollmächtigenden erfolgt, wird die Erklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht § 130.

Gegen diese Möglichkeit der Vollmachtserteilung hat sich zunächst Lenel in einer vor dem BGB veröffentlichten Arbeit (Iherings Jahrbücher Band XXXVI) ausgesprochen. Die Ansicht von Lenel ist sodann in eingehender Darstellung auch für das BGB aufrecht erhalten worden von Hellwig im 29. Bande der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess S. 520 ff., ebenso in seinem Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, zweiter Band. Ferner hat sich Endemann in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, neunte Auflage, I. Band S. 403, 406 dieser Ansicht angeschlossen.

Nach Lenel gibt es nur Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten. Dieselbe kann erfolgen durch mündliche Erklärung des Vollmachtgebers gegenüber dem Dritten, durch schriftliche Mitteilung oder dadurch, dass der Vollmachtgeber dem Dritten einen Boten sendet, der als redender Brief die Vollmachtserklärung ausrichtet. Überall haben wir direkte Vollmachtserklärung

an den Dritten; denn, ob der Vollmachtgeber einen Brief oder ein Telegramm sendet oder einen Boten schickt, der mündlich ausrichten soll, ist völlig irrelevant. Es ist nun klar, dass als solcher Bote für die Übermittelung der Vollmachtserklärung auch derjenige verwendet werden kann, dem durch diese Erklärung Vollmacht erteilt werden soll, aber auch hier liegt eine ganz gewöhnliche direkte Vollmachtserklärung vor, da die Person des Boten gleichgültig sein muss. Es hat somit der zu Bevollmächtigende zunächst wie jeder andere Bote seine Vollmachtserklärung dem Dritten auszurichten und kann dann erst auf Grund seiner Vollmacht tätig werden.

Hienach ergeben sich folgende Sätze für das BGB.

1. Es gibt keine Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden, wie § 167 besagt. Eine Erklärung an den zu Bevollmächtigenden kann nur bedeuten, dass dieser als Bote zur Übermittelung der Vollmachtserklärung an den Dritten aufgestellt wird.

2. Soweit Vollmacht zu einer aktiven Vertretung erteilt werden soll, muss der zu Bevollmächtigende zunächst die ihm aufgetragene Vollmachtserklärung ausrichten und dann die Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgeben.

3. Soweit eine passive Vertretung in Frage steht, muss zunächst die Ausrichtung der Vollmachtserklärung an den bezw. die Dritten, die mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen abgeben wollen, durch den zu Bevollmächtigenden erfolgen und dann erst können die Dritten unmittelbare Wirkung ihrer Erklärungen für den Vollmachtgeber dadurch herbeiführen, dass sie dieselben gegenüber dem nunmehr Bevollmächtigten mit dem Zusatze abgeben, dass sie den Vertretenen angehen.

Betrachten wir zunächst die aktive Vertretung, so erhellt ohne weiteres, dass die nach Ziff. 2 zunächst erforderte Ausrichtung der Vollmachtserklärung durch den zu Bevollmächtigenden als Boten nur selten vorkommt und es muss daher Lenel, um mit seiner Theorie zu brauchbaren Resultaten zu gelangen, diese Botenschaft des zu Bevollmächtigenden in irgend eine Erklärung oder sonstige Handlung desselben hineininterpretieren. Er sucht dies a. a. O. S. 17 folgendermassen zu erreichen: „Die botenmässige Mitteilung kann natürlich nicht bloss ausdrücklich und nicht bloss durch detaillierte Auseinandersetzung des Umfangs der Vollmacht, sondern auch stillschweigend einfach dadurch erfolgen, dass der Stellvertreter

sich dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt geriert“ und S. 25: „Zur Verlautbarung der Vollmacht in einer schriftlichen Erklärung genügt aber schon, dass der Aussteller sich in der Unterschrift als Vertreter des Prinzipals bezeichnet oder auch nur einfach mit dem Namen des Prinzipals unterzeichnet hat; denn beide Arten der Unterschrift stehen nur dem Vertretungsermächtigten zu, enthalten daher die Prätension der Vertretungsmacht und müssen infolge dessen als stillschweigende Erklärung der Vollmacht gelten.“

Lenel muss also verlangen, dass der zu Bevollmächtigende bei Abgabe der Willenserklärung sagt: Als Bevollmächtigter gebe ich diese Erklärung ab oder als Vertreter gebe ich diese Erklärung ab oder im Namen des Vertretenen gebe ich diese Erklärung ab.[1]) Eine stillschweigende Ausrichtung der Vollmachtserklärung durch den zu Bevollmächtigenden kann man nunmehr nur dadurch konstruieren, dass man die Worte: „als Bevollmächtigter, als Vertreter, im Namen des Vertretenen“ verbindet mit der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vertreters. Es würde somit der zu Bevollmächtigende stets diejenige Vollmacht zur Existenz bringen, welche die abgegebene Willenserklärung deckt. Sagt also B: Als Bevollmächtigter oder als Vertreter oder im Namen des A biete ich dir C 500 Mark für dein Pferd, so hat er, sofern ihm seitens A eine entsprechende Vollmachtserklärung zugegangen ist, Vollmacht zum Abschluss eines Kaufvertrags über das Pferd um den Preis von 500 Mark zur Entstehung gebracht. Hat die an B erfolgte Vollmachtserklärung einen andern Inhalt als die von B an C stillschweigend ausgerichtete, so wäre nach § 120 zu folgern, dass dem Vollmachtgeber A als dem Absender des Boten der ausgerichtete Inhalt der Erklärung

[1]) So führt auch Endemann a. a. O. S. 406 aus, dass durch die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden jedenfalls nur eine unechte, d. h. vom inneren Grundverhältnis abhängige Vollmacht begründet werden könne, ja dass hiezu, wie eine Vergleichung der Ausführungen auf Seite 403 mit der Anmerkung 22 zu Seite 406 ergibt, diese Erklärung allein nicht einmal ausreiche, vielmehr auch die Entstehung der unechten Vollmacht Kenntnis des zukünftigen Geschäftsgegners erfordere. Die Anmerkung 22 Seite 406 besagt folgendes: „Zur unmittelbaren Wirkung der Vertretung genügt nicht, dass der Vertreter mit Vertretungsmacht ausgerüstet ist, er muss dies auch dem Dritten gegenüber offenlegen, indem er „im Namen des Vertretenen“ handelt § 164. Zur Vollmacht gehört, dass der Dritte Kenntnis von der eingeräumten Vertretungsmacht erhält. Das geschieht hier nicht durch den Vollmachtgeber selbst, sondern durch den Bevollmächtigten. Erst in diesem Rechtsvorgange (d. h. im alieno nomine agere) liegt das konstitutive Element zu einer wahren Vollmacht.

zunächst zuzurechnen ist und er sich nur unter Ersatz des negativen Interesses von der Bindung an diese Erklärung befreien kann (vergl. Lenel a. a. O. S. 17 ff. und RGZ Bd. 28 S. 16 ff.). Über die etwa möglichen Ausnahmefälle wie dolus des Boten bezw. Ausrichtung eines vollständig anderen Inhalts ist hier nicht näher zu handeln. Diese letztere Konsequenz der Lehre von der Botenschaft des Vertreters wird nicht von allen Anhängern dieser Theorie gezogen; so will insbesondere Hellwig den § 120 nicht zur Anwendung bringen. Er schreibt darüber in seinem Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts II. Band S. 422 Anm. 81 folgendes: „Dass dieser Paragraph sich auf unsern Fall nicht bezieht, erhellt aus den §§ 170—173, die gegenüber dem § 120 (für unseren Fall) die massgebenden leges speciales sind und von denen der § 170 sich nicht auf diejenige Erklärung bezieht, die der Vertreter (als Bote) übermittelt."

Jedenfalls lässt sich die Lenel'sche Theorie nicht mittelst jener von Lenel aus ihr gezogenen Konsequenz widerlegen. Denn abgesehen davon, dass zugunsten einer solchen Haftung des Vertretenen für das negative Vertragsinteresse sich manches sagen liesse, würde der Nachweis, dass dieselbe dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen könne, nicht durchschlagen. Es bliebe dann immer noch die von Hellwig hervorgehobene Möglichkeit bestehen, dass diese Folgerung durch Spezialbestimmungen, nämlich durch die §§ 170—173 in Verbindung mit § 179 abgeschnitten sei. Das Gesetz könnte den Geschäftsgegner auf den Weg verweisen, wenn er sicher gehen will, eine direkte Mitteilung der Vollmacht an ihn selbst, also ohne Vermittelung des Vertreters als Boten, oder Vorlegung einer Vollmachtsurkunde zu verlangen, oder aber sich mit der Haftung des Vertreters aus § 179 zu begnügen. Allerdings ist diese Beweisführung Hellwigs nicht völlig überzeugend, man könnte vielmehr auch eine Konkurrenz des § 120 mit den §§ 170 bis 173 annehmen. Es liesse sich sehr wohl behaupten, dass nach diesen Vorschriften keineswegs nur in den Fällen der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde seitens des Vertreters ein Schutz gegenüber dem Vertretenen eintreten solle, dass vielmehr in diesem Sonderfall eben ein besonders weitgehender Schutz für den Dritten begründet werden wollte, wonach schlechthin und ohne Befreiungsmöglichkeit gegen Ersatz des negativen Vertragsinteresses eine dem Inhalt der Urkunde entsprechende Vertretungsmacht geschaffen

wird, während bei der bloss mündlichen Ausrichtung der Vollmachtserklärung durch den Stellvertreter als Boten in gleicher Weise, wie wenn der Vollmachtgeber eine beliebige andere Person oder Anstalt zur Übermittelung der notwendig an den Dritten zu erklärenden Vollmacht verwenden würde, wenigstens der geringere Schutz des § 120 gegenüber dem Vertretenen gegeben ist.

Gegen die Lenel'sche Theorie spricht aber vor allem der Wortlaut des Gesetzes selbst. Dies gilt nicht nur von dem § 167, sondern auch von dem § 171. Der § 171 besagt: Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten kundgegeben, dass er einen anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung dem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Ist eine Vollmachtserteilung gegenüber dem Dritten erfolgt, so hat eine besondere Mitteilung an den Dritten, dass man den Vertreter bevollmächtigt habe, keinen Sinn mehr. Ist dagegen die Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten noch nicht perfekt geworden, weil sie ihm noch nicht zugegangen ist, oder hat überhaupt eine Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten nicht stattgefunden, so ist eine besondere Mitteilung an den Dritten, dass man einen anderen bevollmächtigt habe, ebenfalls sinnlos, da nach Lenel-Hellwig vor Zugehen einer Vollmachtserklärung an den Dritten eine Vollmacht nicht entstanden sein kann. Dieser Satz des § 171 kann nach Lenel-Hellwig bloss bedeuten, dass es für das Zustandekommen einer Vollmacht nichts schaden soll, wenn der Vollmachtgeber vielleicht in der irrigen Meinung, dass auch durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden Vollmacht begründet werden könne, mitteilt, dass er bevollmächtigt habe, anstatt mitzuteilen, dass er bevollmächtige.

Fernerhin müssen Lenel wie Hellwig in der öffentlichen Bekanntmachung des § 171 eine besondere Art der Vollmachtserteilung sehen; statt durch Erklärung gegenüber einem bestimmten Dritten wird hier durch Erklärung an die Öffentlichkeit aber dann auch mit Wirkung gegenüber jedem Dritten Vollmacht erteilt.[1])

Aus der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes, dass die Vollmacht auch durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden

[1]) Vergebens sucht man bei der Theorie Hellwigs nach einem vernünftigen Sinn des § 173, der für den § 171 voraussetzt, dass durch Erklärung an den Vertreter gültige Vollmacht erteilt werden kann und erteilt wurde, die sodann erloschen ist.

erteilt werden könne, sind die Konsequenzen solange zu ziehen, bis nachgewiesen wird, dass dieselben unmöglich dem Sinne des Gesetzes entsprechen können, da sie im Widerspruch mit anderen gesetzlichen Vorschriften stehen. Dies ist keineswegs der Fall.

Dass der Vollmachtgeber die dem Bevollmächtigten gegenüber erklärte Vollmacht gegen sich gelten lassen muss, auch wenn der Bevollmächtigte sie nicht kundgegeben, sondern nur als Stellvertreter (möglicherweise als unbeauftragter) handeln zu wollen erklärt hat, ist eine durchaus angemessene Regelung. Bei der Erklärung, ich handle in fremdem Namen, kann recht wohl offen bleiben, ob der Vertreter irgendwelche Vertretungsmacht behauptet oder als negotiorum gestor auftreten will. Es ist ein Irrtum, wenn, wie das bei Lenel, Hellwig und auch bei Endemann geschieht, das Handeln in fremdem Namen schlechthin mit der Vollmachtsbehauptung identifiziert wird. Wenn auch die Auslegung sehr häufig, vielleicht in der Regel, zu dem Ergebnis kommen wird, dass die Stellvertreterhandlung zugleich den objektiven Sinn einer Vollmachtsbehauptung habe, so sind doch sehr wohl Fälle denkbar, in denen dem Gegner gegenüber verdeckt bleibt, ob Vertretungsmacht supponiert wird, bezw. worauf diese Vertretungsmacht, die ja auch eine gesetzliche sein kann, sich gründen soll. In diesen Fällen muss doch der Gegner sich auf den Standpunkt stellen können, ich schliesse das Geschäft einmal ab: liegt Vertretungsmacht zugrund, so gilt es sofort, andernfalls muss ich die Genehmigung, die ich für wahrscheinlich halte, abwarten (diese Stellungnahme kann auch bei einseitigen Rechtsgeschäften erfolgen). Nur wenn der Bevollmächtigte ausdrücklich erklärt, dass er als vollmachtloser Stellvertreter handle, also absichtlich von seiner Vollmacht keinen Gebrauch machen will, um seinem Prinzipal die Möglichkeit der Genehmigung offen zu halten, kann natürlich von einer Wirkung der Vollmacht keine Rede sein (so im Falle bei Lenel a. a. O. S. 17). Denn die Befugnis, das Geschäft auf Ratihabition zu stellen, muss natürlich dem Vertreter offen bleiben. Das ist auch bei der dem Gegner gegenüber erklärten Vollmacht ebenso wie z. B. bei der der Ehefrau kraft Gesetzes § 1357 zustehenden Vertretungsmacht nicht anders.

Es mag endlich hervorgehoben werden, dass Lenel und ebenso Hellwig und Endemann denjenigen Fällen, in denen ein dringendes praktisches Bedürfnis dafür spricht, ein alieno nomine agere nicht

zu erfordern, nicht gerecht zu werden vermögen (vgl. Rümelin, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 93 S. 131 ff., namentlich S. 243, 248, 249). Hier wird, wenn der Vertreter von der Möglichkeit Gebrauch macht, die Stellvertretung nach aussen nicht hervortreten zu lassen, von einer Kundgebung der Vollmacht schlechterdings nicht die Rede sein. Es ist aber dringendes Bedürfnis, wenn Vollmacht wirklich an die Mittelsperson erklärt war, die Rechtswirkungen des von dem Vertreter mit einem Dritten, der eben kontrahieren will mit dem, den es angeht, geschlossenen Geschäfts für den Vertretenen eintreten zu lassen.

Die Lenel'sche Theorie versagt endlich völlig bei der passiven Vertretung. Es erhellt ohne weiteres, dass die nach Lenel zunächst erforderliche Ausrichtung der Vollmachtserklärung durch den zu Bevollmächtigenden an den bezw. die Dritten, die hinterher mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen abgeben wollen, praktisch kaum vorkommt. Das Schweigen Lenels über diesen Punkt erklärt sich jedoch aus der in der früheren Doktrin üblichen Vernachlässigung der passiven Vertretung.[1]) Dagegen versucht Hellwig die Lenel'sche Theorie auch für die passive Vertretung brauchbar zu gestalten. Er führt hiezu Zeitschrift S. 525 ff. aus, dass wenn Dritte zufällig von einer „Bevollmächtigung" genauer von einer dem zu Bevollmächtigenden aufgetragenen Vollmachtserklärung hören und nunmehr diesem zu Bevollmächtigenden Erklärungen mit dem Zusatze abgeben, dass ihre Wirkungen in der Rechtssphäre des Vollmachtgebers eintreten sollen, dieselben für den Vertretenen dadurch wirksam werden, dass der zu Bevollmächtigende sie als Bevollmächtigter entgegennimmt, worin eine nach Analogie des § 174 wirksame Kundgebung der Vollmacht durch den Boten des Vollmachtgebers liege.

Nehmen wir an: A muss innerhalb einer bestimmten Frist dem C kündigen, dem C gegenüber eine Rücktrittserklärung ab-

[1]) Ganz eigentümlich ist das Schweigen Endemanns über die passive Vertretung. Er ist ja der Ansicht, dass das Gesetz zur Entstehung der Vollmacht Kenntnis des Dritten von ihrer Einräumung erfordere, und dass diese Kenntnis seitens des Bevollmächtigten dadurch begründet werde, dass er „im Namen des Vertretenen" handle. Bezüglich der passiven Vertretung bemerkt aber Endemann a. a. O. S. 395, dass das „Handeln im Namen des Vertretenen" hier die Bedeutung habe, dass der erklärende Dritte dem Vertreter gegenüber kundtut, dass die ihm zugehende Erklärung für den Vertretenen Geltung haben soll. Worin liegt nun hier die Offenlegung der Vollmacht durch den Vertreter gegenüber dem Dritten?

geben oder eine Anfechtungserklärung. Er hört zufällig, was nach Lenel und Hellwig nicht genügt (vergl. Lenel a. a. O. S. 19 und Hellwig, Lehrbuch II. Band S. 420), dass C wegen Kränklichkeit den B zum Generalbevollmächtigten für die Dauer seiner Verhinderung bestellt habe, und sendet daher diesem die betreffenden Erklärungen durch die Post zu. Nach der herrschenden Ansicht werden diese Erklärungen für A im Moment des Zugehens an B wirksam. Dagegen ist nach Hellwig erforderlich, dass B sie als Bevollmächtigter entgegennimmt, wozu zum mindesten gehört, dass B von dem Zugehen dieser Erklärungen an ihn Kenntnis erlangt. Würde also diese Entgegennahme und das Zugehen zeitlich auseinanderfallen, was oft geschehen wird, so wäre erst der Zeitpunkt der Entgegennahme für das Wirksamwerden der Erklärungen für den Vollmachtgeber entscheidend, so dass die Erklärungen vielfach, wenn auch rechtzeitig zugegangen, trotzdem als verspätet und daher für A unwirksam zu erachten wären. Oder A hat den B durch Erklärung ihm gegenüber als Empfangsbevollmächtigten aufgestellt. Dritte haben dies zufällig gehört und B bekommt mit jeder Post eine Masse Schriftstücke, so dass er seiner Vollmacht überdrüssig wird und sie durch Schreiben an A zurückweist. Trotzdem bleibt er auch nach Hellwig, Lehrbuch II. Band S. 411 Bevollmächtigter; die Erklärungen an ihn als Vertreter des A seitens der nur zufällig über die Vollmachtserklärung informierten Dritten können aber nie wirksam werden, wenn B diese Schriftstücke sämtliche in eine Ecke oder gar in den Papierkorb wirft, da hierin jedenfalls eine Entgegennahme als Bevollmächtigter nicht gefunden werden kann.

Man weiss aber überhaupt nicht, wie diese Entgegennahme als Bevollmächtigter im schriftlichen Verkehr erfolgt. Sie liegt jedenfalls darin, dass der Vertreter die eingegangenen schriftlichen Erklärungen liest und innerlich gelten lassen will. Nur ist hiebei nicht einzusehen, worin bei diesem Verhalten des Vertreters die Ausrichtung der Vollmachtsbotschaft gefunden werden kann. Damit man überhaupt noch von einer Kundgebung der Vollmacht sprechen kann, muss doch der Dritte irgendwie die Botschaft erhalten haben, muss die Entgegennahme der Erklärung seitens des Vertreters für ihn erkennbar geworden sein; davon kann jedoch keine Rede sein, wenn der Bevollmächtigte zu Hause die eingegangenen Schriftstücke liest und für den Vollmachtgeber aufbewahrt.

Somit wären in vielen Fällen die Erklärungen der Dritten einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gegenüber abgegeben oder verspätet und daher im Verhältnis der Parteien namentlich auch unter Berücksichtigung des § 180 dauernd unwirksam, obwohl hiefür irgend ein vernünftiges Parteiinteresse nicht angeführt werden kann, da auch der Vollmachtgeber sie für wirksam halten und seinen weiteren Entschliessungen zugrunde legen wird.

Wir wenden uns nunmehr zu den speziellen Ausführungen Hellwigs, soweit sie nicht bereits in den vorangegangenen Darlegungen berücksichtigt werden konnten.

Hervorgehoben mag zunächst werden, dass die Ausführungen Hellwigs weniger klar sind als diejenigen von Lenel und dass daher auch ihre Widerlegung sich schwieriger gestaltet. Hellwig schreibt in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess Band 29 S. 521: „Die Bevollmächtigung als eine lediglich an den Vertreter gerichtete Erklärung ist lediglich die Ermächtigung, dass er unter Kundgebung seiner Vollmacht und dann mit direkter Wirkung für den Vollmachtgeber handelt. Bis er dem Gegner seine Bevollmächtigung mitgeteilt oder bis dieser von dem Vertretenen selbst die Erklärung erhalten hat, ist der Gegner weder berechtigt noch verpflichtet, den Vertreter als den Bevollmächtigten zu behandeln, genauer: die Vollmacht existiert ihm gegenüber vorher nicht, die Bevollmächtigung ist vorher noch ein imperfekter Rechtsakt.“ Und weiter unten: „Das alles ist keine Eigentümlichkeit der prozessualen Vollmacht, sondern liegt im allgemeinen Wesen der Vollmacht.“

Hellwig sagt, die lediglich an den Vertreter gerichtete Erklärung sei nicht bedeutungslos, sie sei jedoch lediglich die Ermächtigung, dass er unter Kundgebung seiner Vollmacht handle. Wenn aber Hellwig die Möglichkeit der Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden leugnet, so kann er doch nicht in dieser Erklärung eine Ermächtigung finden, unter Kundgebung der Vollmacht zu handeln, denn da eine Vollmacht durch die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden nicht entstanden ist, so kann dieser auch keine kundgeben. Wenn Hellwig die Lenel'sche Ansicht verteidigen will, so kann er die Bedeutung der Erklärung an den zu Bevollmächtigenden nur darin finden, dass dieser mit der Übermittelung der Vollmachtserklärung betraut wird und daher nur die ihm aufgetragene Vollmachtserklärung ausrichten, dagegen nicht seine Vollmacht kundgeben

kann. Die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden ist allerdings auch hier kein völlig bedeutungsloser Akt, sie bedeutet die Aufstellung eines Boten, die Ermächtigung des zu Bevollmächtigenden eine Erklärung zu übermitteln. Aber für das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung ist diese Erklärung an den zu Bevollmächtigenden nicht essentiell, da es doch für das Wirksamwerden einer Willenserklärung völlig gleichgültig sein muss, wer sie als Bote übermittelt (vgl. Hellwig, Lehrbuch II. Band S. 413 unten): Die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden ist also kein Teil des Vollmachtsrechtsgeschäfts. Die Vollmachtserteilung setzt sich also hier nicht zusammen aus der Erklärung an den zu Bevollmächtigenden und aus der im Auftreten als Bevollmächtigter liegenden Kundgabe, so dass beide zur Entstehung des Rechtsgeschäfts der Vollmachtserteilung erforderlich, also selbst Teilrechtsgeschäfte wären.

Man kann aber auch die Ausführungen Hellwigs folgendermassen verstehen: Die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden ist für das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung nicht bedeutungslos, vielmehr wird durch sie Vollmacht für den zu Bevollmächtigenden begründet, jedoch ist zur Wirksamkeit der Vollmacht gegenüber dem Gegner noch eine Kundgabe der Vollmacht erforderlich. Durch die Erklärung an den zu Bevollmächtigenden wird zugleich diesem die Weisung erteilt, seine sofort entstandene Vollmacht kundzugeben und sie hiedurch auch dem Gegner gegenüber zur Existenz zu bringen.

Diese letztere Deutung der Hellwigschen Darlegungen erscheint als unhaltbar. Eine Vollmacht, die Dritten gegenüber keine Bedeutung hat, vermöge deren der Bevollmächtigte zunächst keine Wirkungen für den Vollmachtgeber herbeiführen kann, ist ein leeres Phantom, ein Nichts, da es ja gerade das Wesen der Vertretungsmacht darstellt, dass der Vertreter nach aussen Rechtswirkungen für den Vertretenen herbeiführen kann. Eine solche halbe Vollmacht — imperfekte Vollmacht — ist etwas rechtlich nicht denkbares (vgl. Hellwig, Lehrbuch II. Band S. 415 Anm. 40).

Gegen die von Hellwig beliebte Heranziehung des Prozessrechts ist entschieden Einsprache zu erheben. Die dort gegebenen besonderen Vorschriften rechtfertigen sich aus der nur im Prozessrecht bestehenden Vorschrift, dass der Gegner die Pflicht hat, statt mit der Partei mit dem Vertreter zu handeln, wie dies namentlich

aus § 176 CPO deutlich erhellt, wonach Zustellungen an die Partei anstatt an den Prozessbevollmächtigten wirkungslos sind. Eine solche Pflicht, sich mit dem Vertreter einzulassen, kann natürlich erst bestehen, wenn der Gegner weiss, wer Vertreter ist, daher muss ihm eine erfolgte Bevollmächtigung kundgetan werden. Diese Kundgabe ist aber, wie auch Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts Band 1 S. 531 mit den Kommentaren annimmt, keineswegs Perfektionsmoment (vergl. auch RGZ 14 S. 351) für die Vollmacht, dieselbe wird vielmehr gültig begründet durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden; daher ist es auch dem Gegner unbenommen vor der Kundgabe sich mit dem Vertreter einzulassen (Wach a. a. O. S. 562). Der Gegner ist nicht verpflichtet, sich vor Kundgabe einer erteilten Vollmacht nur mit dem Bevollmächtigten einzulassen, aber sehr wohl berechtigt.

Es bedarf weiterhin noch einer Widerlegung der Gegengründe Hellwigs gegen die herrschende Ansicht.

Der Hauptangriff auf die herrschende Lehre erfolgt S. 523 der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess 29. Band mit folgenden Worten: „Bei der Beurteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vor allen Dingen zu beachten, wie das Gesetz zu der Frage steht: Welche Bedeutung hat es, wenn dem Dritten gegenüber eine Vollmachtserklärung anderen Inhalts abgegeben wird, als dem Vertreter? und weiter unten: Wären beide Erklärungen gleichwertig, so müsste ein Widerspruch zwischen ihnen die Wirkung der Erklärung aufheben. Davon ist aber nicht die Rede. Entscheidend ist schlechthin — auch dann, wenn der Dritte die Differenz kennt — die Erklärung an den Dritten."

Hellwig will anders ausgedrückt sagen: Wäre die Vollmachtserklärung gegenüber dem Vertreter gleichwertig der Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten d. h. würden beide wirklich Vollmacht begründen, dann müsste ein Widerspruch zwischen ihnen die Wirkung der Erklärung aufheben, so dass eine Vollmacht nicht entstehen würde. Da aber nur die Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten Vollmacht schafft, so ist sie allein entscheidend.

Es kann jedoch Hellwig weder zugegeben werden, dass ein Widerspruch zwischen zwei je für sich Vollmacht begründenden Erklärungen die Wirkung derselben aufheben und somit die Entstehung der Vollmacht hindern müsste, noch auch dass das Gesetz für den Fall eines Widerspruchs der in § 167 erwähnten beiden

Arten der Vollmachtserteilung irgend eine Vorschrift getroffen hätte. Wenn die Vollmachtserklärungen gegenüber dem Vertreter und gegenüber dem Dritten differieren, so ist es Frage der Willensauslegung, welche Erklärung bezw. welche Vollmacht gelten soll, wobei auf ihr zeitliches Verhältnis und insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob die später abgegebene Vollmachtserklärung eine Einschränkung bezw. einen Widerruf oder eine Erweiterung der früheren darstellt. Es ist nicht einzusehen, warum der Vollmachtgeber, der bei der Vollmachtserklärung an den Vertreter die Entwicklung des Marktes noch nicht beurteilen konnte, auf Grund neuerlicher Information nicht durch Erklärung gegenüber dem in Aussicht genommenen Geschäftsgegner eine anderweitige Vollmacht soll begründen können, wie umgekehrt durch Erklärung gegenüber dem Vertreter, wenn die erste Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt wurde. Ebenso kann kaum bezweifelt werden, dass die §§ 171, 172, wie man sie im einzelnen auch auslegen mag, für die Frage einer Differenz der im § 167 angeführten beiden gewöhnlichen Arten der Vollmachtserteilung überhaupt nichts besagen.

Es wäre übrigens schwer einzusehen, wie Hellwig, wenn seine Polemik richtig wäre, die eigene Theorie gegen denselben Einwand schützen wollte. Warum sollten denn nicht auch die dem Dritten erklärte und die durch den Vertreter als Boten übermittelte Vollmacht im Fall des Widerspruchs sich gegenseitig aufheben? Eine Durchbrechung der „Gleichwertigkeit", zu deren Annahme er genötigt sein dürfte, kann natürlich ebensogut vom Boden der herrschenden Ansicht aus behauptet werden. Dasselbe gilt für das von Hellwig für den Fall der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde Ausgeführte (vergl. namentlich Rosenberg, Stellvertretung im Prozess 1908 S. 593).

Hellwig stützt einen weiteren Angriff gegen die herrschende Lehre auf den § 174. Er führt hiezu S. 523 der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess 29. Band aus, der Satz 2 des § 174 ergebe unzweideutig, dass die eigentliche Adresse der Vollmachtserklärung der Dritte sei und S. 524 sagt er: „Der Vertreter, der von dem Vertretenen die Vollmachtserklärung erhalten hat, ist nicht Bevollmächtigter, obwohl das Gesetz § 174 S. 1 ihn „Bevollmächtigter" nennt" und weiter unten Anm. 8: „Sagt man: er ist Bevollmächtigter, aber er wird so behandelt, als wäre er es nicht, so ist dies

nur eine Verhüllung der Wahrheit, dass Vertretungsmacht nicht existiert.“ Die herrschende Ansicht wird jedoch diesen Angriff gegen Hellwig selbst verwenden und folgendes sagen: Der Vertreter, der bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften auch noch, wie Hellwig es erfordert, durch mündliche Ausrichtung die ihm gewordene Vollmachtserklärung kundgetan hat, hat keine Vollmacht, obwohl dies nach der Hellwigschen Theorie an sich der Fall sein sollte. Sagt Hellwig: er ist Bevollmächtigter, aber er wird in § 174 so behandelt, als wäre er es nicht, so ist dies nur eine Verhüllung der Wahrheit, dass Vertretungsmacht nicht existiert. Der § 174 würde sonach bei der von Hellwig beliebten Methode der Auslegung für seine Theorie den allgemeinen Satz ergeben, dass eine bloss mündliche Ausrichtung der ihm gegenüber abgegebenen Vollmachtserklärung durch den Vertreter Vollmacht nie zu begründen vermag, vielmehr stets entweder eine direkte Erklärung des Machtgebers an den Dritten oder die Übermittelung einer Vollmachtsurkunde seitens des Vertreters zu erfordern ist.

Dieses Resultat ist selbstverständlich für Hellwig unbrauchbar. Er muss daher den § 174 wie die herrschende Lehre als Ausnahmerechtssatz behandeln, dessen Bedeutung in dem Schutze des Gegners liegt, der bei diesen einseitigen Rechtsgeschäften gezwungen ist, sich mit dem Vertreter einzulassen und daher verlangen kann, dass ihm der Beweis einer durch Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilten — nach Hellwig durch mündliche Ausrichtung perfekt gewordenen — Vollmacht in bestimmter Form geliefert wird.[1]) Dass der § 174 keineswegs den von Hellwig aufgestellten Satz, wonach die eigentliche Adresse der Vollmachtserklärung der Dritte ist, sanktionieren will, ergibt sich auch daraus, dass die in einer öffentlichen Bekanntmachung gemäss § 172 nach Hellwigs Ansicht liegende Vollmachtserklärung an jeden Dritten nicht genügt.

[1]) Der § 174 steht in innerem Zusammenhang mit den §§ 111, 182 Abs. 3, die ebenfalls dem Bedürfnis besonderer certitudo bei einseitigen Rechtsgeschäften entsprungen sind, und es mag hier gegen Hellwig noch bemerkt werden, dass auch für einseitige Verfügungsgeschäfte mit Einwilligung des Berechtigten die Vorschriften des § 111 Satz 2, 3 entsprechende Anwendung finden, obwohl nach Lehrbuch II. Band S. 410 Anm. 25 der Ermächtigte richtiger Adressat der Einwilligung ist.

(Der durch vorstehende Ausführungen erfolgten Bekämpfung der Lenel-Hellwig'schen Theorie stimmen ausser Rosenberg vielfach zu Hupka a. a. O. S. 95 ff. und Dniestrzánski a. a. O. S. 96 ff.).

Wenn aus dem bisher Ausgeführten sich auch ergibt, dass die Lenel-Hellwig'sche Theorie, so wie sie aufgestellt, nicht haltbar ist, so liegt ihr doch ein richtiger Kern zugrunde, der sich auch für diese Arbeit anderweit verwerten lässt.

Ist die Vollmacht dem Vertreter gegenüber erklärt und wird dieser infolgedessen dem Geschäftsgegner gegenüber tätig, so gibt er die Veranlassung zum Geschäftsabschluss und kann zum Nachweis seiner Vertretungsmacht angehalten, eventuell bei Fehlen derselben dem gutgläubigen Gegner haftbar gemacht werden, während bei Erklärung oder Kundgebung der Vollmacht an den Dritten dieser zunächst auf die ihm gewordene Mitteilung vertraut und auch auf den objektiven Sinn dieser Mitteilung vertrauen darf. Inwieweit auch in diesen Fällen der Vertreter haftbar gemacht werden darf, kann hier dahingestellt bleiben. Aber damit nicht genug. Man wird auch mit Fug behaupten dürfen, dass auch in den Fällen der Erklärung an den Vertreter der Vollmachtgeber selbst den Geschäftsgegner veranlasse, dem Bevollmächtigten zu vertrauen, sofern die Übermittelung der Bevollmächtigungstatsache an den Gegner doch seinen Intentionen entspricht. Daraus könnten immerhin bei vorhandenen Willensmängeln, z. B. bei Mentalreservation und Simulation, gewisse Schlüsse auf eine Haftbarkeit des Vollmachtgebers gezogen werden. Inwieweit das der Fall ist, ist später zu erörtern.

Es ist überhaupt davon Abstand zu nehmen, die Frage der Willensmängel schon bei der Untersuchung, ob die Vollmacht auch dem Bevollmächtigten gegenüber erklärt werden kann, heranzuziehen, obwohl gerade diese Frage der herrschenden Ansicht Schwierigkeiten bereitet. Gelangt man unabhängig von derselben zu dem Resultat, dass das BGB die Vollmachtserteilung an den Bevollmächtigten zulässt, so wird jedenfalls einmal zunächst der Versuch zu machen sein, auch von dieser Grundlage aus zu brauchbaren Entscheidungen in den Fällen der Willensmängel zu gelangen. Erst wenn dieser Versuch vollständig scheitern würde, wäre Anlass zu einer Revision des auf Grund des obigen Materials gewonnenen Resultats zu schreiten.

§ 3.

2. Die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten.

Die Vollmachtserteilung kann aber gemäss § 167 auch erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Auch das ist nicht unbestritten. Bereits Dernburg a. a. O. S. 533 meint, dass man auf den ersten Blick geneigt sei, für die Vollmacht zu fordern, dass sie dem Bevollmächtigten zugestellt ist. Namentlich aber leugnet Romeick, Zur Technik des BGB im 12. Band der Jahrbücher der Württemb. Rechtspflege S. 121 ff., diese Möglichkeit der Vollmachtserteilung. Als seine Ansicht stellt er S. 142 folgendes auf: „Es wird anzunehmen sein, dass die Vollmacht stets und notwendig einen wissentlichen Vollmachtträger voraussetzt, — dass die Vollmacht in die Wirklichkeit tritt durch Erklärung oder Mitteilung von seiten des Machtgebers an den zu Bevollmächtigenden, — und dass die Bestimmungen, wonach die Erteilung der Vollmacht auch durch Erklärung dem Dritten gegenüber erfolgen kann, und wonach diesfalls und im Fall der Kundgebung der Vollmacht im Sinne der §§ 171, 172 dem Dritten besondere Kautelen (§§ 170, 171, 172, 173) gegeben sind, — nichts weiter darstellen als einen gegliederten Apparat zum Schutze des gutgläubigen Dritten."

Romeick behandelt zunächst S. 123 ff. den Entwickelungsgang der §§ 170—173 und glaubt hieraus beweisen zu können, dass in der Tat ein Unterschied zwischen der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten und zwischen der Kundgebung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, nicht bestehe.

Hiezu ist folgendes hervorzuheben: Schon der Wortlaut des ersten Entwurfs des BGB und die Motive ergeben, dass die Kundgabe der Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung oder durch öffentliche Bekanntmachung nicht eine Vollmachtserteilung darstellt. Der § 120 des ersten Entwurfs spricht davon, es „gelte" die Kundgebung als selbständige Bevollmächtigung, und der Grund für diese Vorschrift ist die Rücksichtnahme auf die Sicherheit des Verkehrs (vergl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Band I S. 237). Der Verkehr erfordert, dass bei solchen Kundgebungen diejenige Rechtslage schlechthin eintritt, welche sich ergeben würde, wenn der Kund-

gebung die Bedeutung einer für sich bestehenden Vollmachtserteilung innewohnte.

Der erste Entwurf anerkannte also nur eine Vollmachtserteilung durch empfangsbedürftige Willenserklärung an den zu Bevollmächtigenden, daneben stellte er Kundgaben einer erfolgten Bevollmächtigung, die nicht Vollmachtserteilungen sind, sondern nur im Interesse des Verkehrs ihnen gleichgestellt werden (vergl. auch Redaktoren-Motive nebst Vorlagen der I. Kommission, Allgemeiner Teil, Absch. II Titel 2 S. 167 u. 174).

Die Kommission für die zweite Lesung vermisste im Entwurf die Hervorhebung der praktisch wichtigen Fälle, in welchen die Vollmachtserteilung in der Weise erfolgt, dass die Erklärung einem Dritten gegenüber abgegeben wird. Ein Antrag wollte diesem Mangel dadurch abhelfen, dass man in § 120 des ersten Entwurfs sage: Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, dass er einen Andern bevollmächtigt habe oder bevollmächtige. Hiedurch wäre durch eine erweiterte Fassung des § 120 auch die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten anerkannt worden. Die Kommission erkannte jedoch, dass es verwirrend sein müsste, in ein und demselben Paragraphen eine wirkliche Vollmachtserteilung mit solchen Tatbeständen, die nur im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Vollmacht begründen sollen, zusammenzustellen, verwarf die erweiterte Fassung des § 120 und verwies die Fälle der Vollmachtserteilung durch eine dem Dritten gegenüber erfolgende Erklärung in den § 119.

Es ist daher verfehlt, wenn Romeick S. 123 unten sagt, die Kommission für die zweite Lesung habe den Fall der Vollmachtserteilung durch eine dem Dritten gegenüber erfolgende Erklärung aus dem § 120 des E. I ausgeschieden und in § 170 (wohl richtig § 119 bezw. jetzt § 167) des BGB gestellt; der erste Entwurf kannte vielmehr eine solche Vollmachtserteilung nicht.

Somit ergeben die Kommissionsprotokolle wie der Wortlaut des Gesetzes klar und deutlich, dass die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten scharf zu scheiden ist von den Kundgebungen des § 171 und vollends des § 172.[1])

[1]) Nicht völlig klar ist, wenn Romeick zu den Darlegungen der Kommission für die zweite Lesung in den Protokollen Bd. I S. 146—147 ausführt: Der Niederschlag der mehr theoretischen Erwägungen der Kom-

Romeick beruft sich ferner für seine Ansicht, dass ein Unterschied zwischen der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten und zwischen der Kundgebung, einen Andern bevollmächtigt zu haben, nicht bestehe, auf den Sprachgebrauch und führt in dieser Hinsicht S. 126 aus: „Schon sprachlich werden ein gegenwärtiger und ein vergangener Bevollmächtigungsakt nicht scharf getrennt, ein sich gegenwärtig vollziehender Bevollmächtigungsakt kann sehr wohl — namentlich im Fall des Niederschreibens — mit der Formel ausgedrückt werden: „Ich habe den X bevollmächtigt“: welcher Praktiker hat solche Vollmachtserklärungen, welche durch das gebrauchte Perfektum nicht entfernt eine früher erfolgte Bevollmächtigung bezeichnen wollen, nicht schon in Händen gehabt? Diese Unempfindlichkeit der Sprache kennzeichnet das Wesen der Sache: wer in der Absicht, hiedurch eine lebendige Kraft für die Zukunft in Wirkung zu setzen, erklärt: „Ich habe den X bevollmächtigt“, der erklärt damit, diese, wenn auch schon früher erteilte Vollmacht solle als eine gegenwärtige Bestand und Kraft haben: nicht also das Vertrauen des Dritten, dass die früher erteilte Vollmacht Bestand behalte, wird garantiert, sondern umgekehrt wird dem Kern der Erklärung, dass eine gegenwärtige, wirksame Vollmacht vorliege, die dem Dritten gleichgültige Erzählung beigefügt, dass die Vollmacht bereits früher erteilt worden sei.“

Diese Darlegungen beweisen zunächst nur die Richtigkeit des § 133, wonach für die Feststellung, welches der Inhalt einer Willenserklärung sei und ob eine solche vorliege, nicht so sehr der Buchstabe als vielmehr der wirkliche Wille der Parteien entscheidet, sodann ist zu bemerken, dass wenn jemand anzeigt, er habe den X bevollmächtigt, er allerdings normalerweise Dritte veranlassen will, mit dem Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte zu schliessen, und insofern auf den gegenwärtigen Bestand der Vollmacht rechnet, dass er aber keineswegs erklären will: mag es mit der Vollmacht stehen wie es will, jedenfalls will ich durch diese

---

mission scheine lediglich der zu sein, dass Willensmängel sowohl bei der Vollmachtserteilung gegenüber dem Dritten als bei der Kundgebung gemäss §§ 171, 172 nur insoweit in Betracht kommen, als sie die Giltigkeit der Erklärung berühren, nicht aber in Betracht kommen, soweit sie den vorangegangenen Akt des Bevollmächtigt-Habens betreffen, da doch für die von der Kommission ausdrücklich anerkannte Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten kein Bevollmächtigt-Haben in Frage kommen kann.

Anzeige Vollmacht erteilen. Völlig verfehlt wäre diese Ansicht für den § 172. Die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde hat meistens nur den Zweck, dem Bevollmächtigten den Beweis seiner Vollmacht zu erleichtern, keineswegs liegt darin eine neue selbständige Vollmachtserteilung; ja vielfach wird eine Aushändigung einer Vollmachtsurkunde im voraus für später in Aussicht genommene Vollmachtserteilung erfolgen. So A muss eine Reise unerwartet antreten, er eilt zu seinem Freunde B und sagt: ich muss verreisen auf einige Tage, sollten hier nach der mir nachgesandten Post Geschäfte notwendig werden, so werde ich dir zu denselben Vollmacht erteilen, hier hast du aber gleich eine Urkunde, mit der du dich dann legitimieren kannst.

Einem möglichen Einwand gegen seine Ansicht, der auf die verschiedene rechtliche Natur der Vollmachtserklärung gegenüber dem Dritten und der Kundgebung gemäss §§ 171, 172 gegründet werden könnte, begegnet Romeick mit folgenden Worten: „Kundgebung ist nicht eine Anzeige, eine Vorstellungsmitteilung, sondern eine Willenserklärung; sie erfolgt sowohl bei besonderer Mitteilung an einen Dritten als bei öffentlicher Bekanntmachung mit dem Bewusstsein der Rechtserheblichkeit der Mitteilung für den Kundgebungsempfänger als den in Aussicht genommenen Vertragsteil: eine gelegentliche, gesprächsweise, absichtslose Mitteilung ist keine Kundgebung."

Durch diese Ausführungen hat jedoch Romeick keineswegs überzeugend dargetan, dass die Kundgebung eine Willenserklärung ist, man müsste denn annehmen, dass die bei einer Erklärung vorhandene Absicht, den Erklärungsgegner zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, bezw. die Absicht der Beweiserheblichkeit, dieselbe zu einer Willenserklärung stemple.

Einem weiteren möglichen Einwand gegen seine Ansicht von der Wesensgleichheit der Vollmachtserteilung gegenüber dem Dritten und der Kundgebung gemäss §§ 171, 172, der darauf gestützt werden könnte, dass eben der gemäss §§ 171, 172 Kundgebende im Gegensatz zu demjenigen, der durch Erklärung gegenüber dem Dritten Vollmacht erteilt hat, einwenden dürfe, dass er in Wirklichkeit den andern nicht bevollmächtigt habe, und dass der Dritte dies wusste oder wissen musste, sucht Romeick dadurch zu begegnen, dass er die Abstraktheit des Rechtsgeschäfts der Bevollmächtigung darzutun sich bemüht. Er meint nämlich, dass nur

derjenige dem gemäss §§ 171, 172 Kundgebenden den Einwand, dass er in Wirklichkeit den andern nicht bevollmächtigt habe, und dass der Dritte dies wusste oder wissen musste, zubilligen könne, der sowohl den § 168 wie den § 173 auf die Enstehung der Vollmacht ausdehne. S. 130 ff.

Dem gegenüber ist hervorzuheben, dass auch derjenige, der in der Vollmachtserteilung ein prinzipiell von dem Grundverhältnis unabhängiges Rechtsgeschäft sieht und daher auch den § 168 auf das Entstehen der Vollmacht nicht anwendet, sehr wohl die Ansicht vertreten kann, dass der gemäss § 171 Kundgebende einwenden darf, er habe in Wirklichkeit den Andern nicht bevollmächtigt, und der Dritte habe dies gewusst oder wissen müssen; denn auch das abstrakte Rechtsgeschäft kann selbständig nichtig sein, so insbesondere an Willensmängeln leiden, die das zugrunde liegende Rechtsverhältnis überhaupt nicht berühren. Mit der Bejahung oder Verneinung der abstrakten Natur der Vollmachtserteilung ist für die oben erwähnte Frage des § 171 eine Lösung nicht gefunden (ebenso neuestens Rosenberg a. a. O. S. 589 unten, vgl. übrigens zu dem bisherigen die Darlegungen im folgenden Paragraphen).

Irgend ein Beweis für die Ansicht Romeicks kann aber auch nicht aus dem Beispiel S. 138 gefolgert werden. Es heisst hier: „Wenn ich einem Antiquar schreibe, ich bevollmächtige meinen Freund, ein Manuskript für mich zu kaufen, in der nachträglich vereitelten Hoffnung, meinen Freund im Laufe des Tages zu treffen und von der ihm erteilten Vollmacht in Kenntnis zu setzen: welche Bewandtnis hat es hier, wenn der Antiquar mir sofort brieflich antwortet, er lehne es ab, mit meinem Freund als mit meinem Bevollmächtigten zu verhandeln, da er mit demselben bereits geschäftliche Misshelligkeiten gehabt habe?“ und weiter S. 139: „Rechtlich indifferent aber kann die Ablehnung des Antiquars nicht sein: andernfalls und unter der Annahme, dass bei Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten die Kenntnis des zu Bevollmächtigenden oder — folgeweise — des Bevollmächtigten von der ihm erteilten Vollmacht ohne Belang ist, ergäbe sich die Konsequenz, dass eine Vollmacht existiert, obwohl der Bevollmächtigte nichts davon weiss, und obwohl der Dritte Vollmachtserklärungsempfänger — der Antiquar — die Vollmacht sofort zurückgewiesen hat.“

Diese Ablehnung des Antiquars ist aber in der Tat rechtlich indifferent; denn was soll es der Vollmacht des Freundes verschlagen, wenn der Antiquar mit ihm nicht verhandeln will? Der Antiquar will doch nichts von der Vollmacht des Freundes, er will eben diese Person nicht in seinem Geschäft sehen. Wäre der Freund lediglich als Bote für Abholung des bereits gekauften Manuskripts beauftragt und dies dem Antiquar mitgeteilt; was soll es für den Auftrag ausmachen, wenn der Antiquar schreibt, er möchte diese Person nicht in seinem Laden sehen? Eine solche Ablehnung könnte ferner auch dann vorkommen, wenn die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Freunde erteilt wurde. Oder umgekehrt: A kommt zu dem Antiquar, sieht sich ein Buch an und erklärt, dasselbe im Namen des B kaufen zu wollen. Wenn nun der Antiquar sagt, er wolle mit B nichts zu tun haben, soll damit die Vollmacht des A unwirksam werden? Gesetzt, der A sagt hierauf, er wolle für die Zahlung des Buches sich verbürgen, worauf der Antiquar sich beruhigt und den Kaufvertrag mit A als Vertreter des B abschliesst: wer wird hier zweifeln, dass auf Grund der Vollmacht ein wirksamer Kauf zwischen dem Antiquar und B zustande gekommen ist?

Wenn sodann Romeick S. 139 ff. als Ergebnis seiner Untersuchung das Bestehen einer Vollmacht leugnen will, wenn der Bevollmächtigte nichts von der Vollmachtserteilung weiss, wenn sie ihm nicht zur Kenntnis gekommen ist, so übersieht er, dass auch bei der von ihm als wirksam anerkannten Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden ein wissender Vollmachtträger vielfach nicht vorhanden ist. Das Zugehen der Vollmachtserklärung an den zu Bevollmächtigenden und damit die Entstehung der Vollmacht kann erfolgen, ohne dass der Bevollmächtigte von der Vollmachtserklärung wirklich Kenntnis genommen hat. Will somit Romeick die ganze Grundlage seiner Beweisführung aufrecht erhalten, so muss er für die Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden die Anwendbarkeit des § 130 leugnen und stets Kenntnisnahme von der Erklärung fordern: ein mit dem Gesetze völlig unvereinbares Ergebnis.

Aber auch in anderer Beziehung ist die Romeick'sche Ansicht weder mit dem Gesetze noch mit den praktischen Erfordernissen vereinbar. Es lässt sich nicht leugnen, dass eben nach der positiven auch durchaus angemessenen Regelung des Gesetzes die dem Dritten

erklärte Vollmacht wirksam werden kann, ohne dass der Bevollmächtigte sie erfährt. Das ist vor allem der Fall, wenn der Dritte einseitige Willenserklärungen an den Vertreter richtet. Diese werden notwendig in dem Zeitpunkt des Zugehens an den Vertreter für den Vertretenen wirksam, nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem der Vertreter von ihnen Kenntnis nimmt und nun aus dem ihnen beigefügten Zusatze, dass ihre Wirkungen in der Rechtsphäre des Vertretenen eintreten sollen, seine Vollmacht entnehmen kann. Ferner kann aber auch der Vertreter sehr wohl als negotiorum gestor handeln, er kann es offen lassen, ob er bevollmächtigt ist, oder erklären, er sei seines Wissens nicht bevollmächtigt; sein Handeln wird jedoch, abgesehen von dem Fall, dass er seinem Prinzipal ausdrücklich die Genehmigung vorbehält, sofort für den Vertretenen wirksam, wenn die Vollmacht dem Geschäftsgegner erklärt war. Es wäre widersinnig in solchen Fällen, bei denen sowohl der Vollmachtgeber wie der Dritte die von dem Vertreter geschlossenen Geschäfte für voll wirksam halten und auf Grund derselben weitere Dispositionen treffen wird, wegen der Unkenntnis des Vertreters von seiner Vollmacht noch eine Genehmigung für erforderlich zu erachten, die doch auch unter Umgehung des Vertreters an den Dritten erklärt werden könnte.

Warum endlich im Falle der Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden eine nicht benutzte Vollmacht immer noch eine Vollmacht bleiben soll (S. 140), dagegen bei der Vollmachtserteilung durch Erklärung an den Dritten eine nicht ausgeübte Vollmacht nicht denkbar sein soll, ist nicht einzusehen.

Wenn somit entgegen dem Angriff Romeicks daran festzuhalten ist, dass die Vollmachtserteilung erfolgen kann durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so ist auch hier die Empfangsbedürftigkeit dieser Vollmachtserklärung durch das Gesetz statuiert.

Es kann nun nicht bezweifelt werden, dass es mehrere Dritte sein können, denen gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so wenn die in Aussicht genommenen Vertragsgegner nur zusammen rechtswirksam handeln können, hier erfolgt eben die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber den Dritten, denen gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Es können aber auch beliebige Dritte, eine unbestimmte An-

zahl von Personen sein, denen gegenüber die Vertretung stattfinden soll; hier muss dann diese Vollmachtserteilung erfolgen durch Erklärung gegenüber den beliebigen Dritten (so auch Isay a. a. O. S. 120 unten). Solche Erklärungen gegenüber beliebigen Dritten finden sich auch sonst im Rechtsverkehr, denken wir nur an die bereits den Römern geläufigen Traditionsofferten ad incertam personam. Bei dieser Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten ist ebenfalls an der Empfangsbedürftigkeit festzuhalten. Eine solche Vollmachtserteilung liegt z. B. in einer Zeitungsannonce mit folgendem Inhalt: Hiedurch bevollmächtige ich meinen Sohn zur Einkassierung meiner Forderungen an die hiesigen Einwohner. Oder es ist denkbar, dass der Geschäftsmann an seiner Eingangstüre ein Plakat mit obigem Inhalt anbringt, oder eine solche Vollmachtserteilung in einer Ortschaft durch den Ausrufer bekannt macht. Für die Wirksamkeit solcher Vollmachtserklärungen ist, soweit sie Abwesenden gegenüber erfolgen, erforderlich, dass die Erklärung in eine solche Lage gebracht wird, welche nach der Auffassung des Verkehrs genügt, um den beliebigen Dritten die Möglichkeit zu gewähren, unter gewöhnlichen Verhältnissen von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Bei den Lesern der Zeitung, namentlich wenn die Annonce in entsprechender Grösse eingerückt und die Zeitung ein kleines Lokalblatt ist, ebenso bei denjenigen, welche die fragliche Türe passieren müssen, ist das Zugehen der Erklärung wohl anzunehmen. Soweit ferner ein Leser der Zeitung die Annonce einem andern mitteilt, ist die Vollmachtserklärung selbstverständlich diesem zugegangen. Im Falle der Vollmachtserklärung durch den Ausrufer ist allerdings normalerweise Vernehmung zu erfordern; wenn nun aber ein Nachbar den andern fragt, was denn ausgerufen worden sei und dieser es ihm mitteilt, ist auch ihm gegenüber die Vollmachtserklärung wirksam geworden. Vielfach wird auch dem Willen des Machtgebers entsprechend angenommen werden können, dass, wenn der Bevollmächtigte, der vielleicht gar nicht mehr benachrichtigt werden konnte, von den obigen Erklärungen Kenntnis bekommt, diese Erklärungen auch als Vollmachtserteilung an ihn zu gelten haben, was namentlich bedeutsam ist, wenn dem in Frage stehenden Dritten die Vollmachtserklärung nicht zugegangen ist (ebenso neuestens Rosenberg a. a. O. S. 609). Es ist endlich möglich dann, wenn ein Rechtsgeschäft im Namen des Vollmachtgebers geschlossen wird, ohne

dass die Vollmachtserklärung wirksam erfolgt ist, und eine der beteiligten Personen von der Vollmachtserklärung nachträglich Kenntnis bekommt, die Wirksamkeit desselben für den Vertretenen unter Umständen damit zu erreichen, dass man kraft der inneren Verwandtschaft die Vollmachtserklärung als Genehmigung aufrecht erhält.

Den besonderen Schwierigkeiten der Frage des Zugehens bei solcher Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten sind diejenigen Schriftsteller enthoben, welche die Erklärung der Vollmacht an die Öffentlichkeit für genügend erachten. Ich sehe hiebei ab von solchen, welche in der öffentlichen Bekanntmachung des § 171 eine gewöhnliche Vollmachtserteilung sehen und daher dem Gesetze entsprechend die Erklärung an die Öffentlichkeit als vollmachtsbegründend betrachten. Aber auch solche Schriftsteller, welche mit der hier bereits in der Polemik gegen Romeick vertretenen Ansicht, dass der § 171 keine Art der Vollmachtserteilung enthält, übereinstimmen, wollen zum Teil eine Vollmachtserteilung durch Erklärung an die Öffentlichkeit zulassen. So hält es namentlich Hupka a. a. O. S. 108 ff. für möglich, dass die Vollmacht durch Erklärung an das Publikum d. h. durch öffentliche Bekanntmachung erteilt werden kann. Diese öffentliche Vollmachtserklärung ist perfekt, sobald sie an das Publikum gelangt ist, also mit der mündlichen Enunciation, mit der Ausgabe des Zeitungsblatts, mit der Verteilung der Zirkulare u. dergl. Nach Hupka spricht für diese Annahme die Analogie der § 167 Abs. 1 und § 171 Abs. 1 sowie die Natur der Sache. Ihm ist namentlich beigetreten Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil 1904, § 167, 3 c S. 480. Auch Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, erster Band zweite Auflage 1906 § 74 S. 362 führt aus: „Die Erteilung der Vollmacht durch öffentliche Bekanntmachung kennt das Gesetz den Worten nach nicht; wohl aber bestimmt es, dass wenn jemand öffentlich bekannt macht, dass er einen Andern bevollmächtigt habe, dieser jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt ist. Auch hier hat die Bekanntmachung als solche diese Wirkung, selbst wenn eine Vollmachtserklärung an den in der Bekanntmachung Bezeichneten nicht erfolgt ist. Die Bekanntmachung der angeblich erteilten Vollmacht wirkt also wie eine Vollmachtserteilung, und angesichts dessen wäre es unberechtigter Formalismus, wenn man nicht annehmen wollte, dass auch

eine Bekanntmachung, welche nicht dahin lautet, der andere sei bevollmächtigt, sondern dahin, er werde hiedurch bevollmächtigt, die gleiche Wirkung habe."

Hiezu ist zu bemerken: Macht jemand gemäss § 171 öffentlich bekannt, dass er einen Andern bevollmächtigt habe, so ist normalerweise im Sinne des Gesetzes anzunehmen, dass die Kundgabe mit der Wirklichkeit übereinstimmt, d. h. dass in der Tat eine Vollmachtserteilung an den Bevollmächtigten stattgefunden hat. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so muss trotzdem das Vertrauen der Dritten auf die Kundgebung geschützt werden, da diese Kundgebung viele veranlasst hat, sich mit dem als bevollmächtigt Bezeichneten ohne jede nähere Prüfung des gegenüber dem Vertreter erfolgten Vollmachtserteilungsaktes einzulassen. Der § 171 beruht also seiner ganzen Struktur nach darauf, dass regelmässig eine Bevollmächtigung stattgefunden hat, bezw. dass wenigstens in den Dritten das Vertrauen auf einen solchen in der Vergangenheit liegenden Rechtsvorgang erweckt wurde (vergl. auch die Ausführungen im nächsten Paragraphen).

Macht jemand öffentlich bekannt, dass er hiedurch einen Andern bevollmächtige, so könnte man einer analogen Anwendung des § 171 Abs. 2 dann das Wort reden, wenn in der Tat eine Vollmachtserteilung an den zu Bevollmächtigenden erfolgt wäre und eben der Kundgebende sich bei der öffentlichen Bekanntmachung in der Form vergriffen hat und anstatt des richtigen Wortlauts „ich habe bevollmächtigt", bekannt macht „ich bevollmächtige". Man könnte also die wirklich erteilte Vollmacht zugunsten des gutgläubigen Dritten (§ 173) trotz ihres Erlöschens als fortbestehend fingieren, bis die öffentliche Bekanntmachung in entsprechender Weise redressiert ist. In § 171 ist jedoch nirgends davon die Rede, wie es zu halten sei, wenn jemand ohne vorgängige Vollmachtserteilung, somit ohne Verirrung im Wortlaut öffentlich bekannt macht: „ich bevollmächtige". Aber auch wenn man weiter geht und den Rechtsschutz des § 171 auch in diesem Falle zubilligt, weil eben auch durch eine solche Kundgebung viele veranlasst werden, sich mit dem in der Bekanntmachung Bezeichneten einzulassen, so wäre nur eine kraft Gesetzes eintretende Vertretungsmacht gegeben, und keineswegs bewiesen, dass eine Vollmachtserteilung durch Erklärung an die Öffentlichkeit nach dem BGB zulässig sei.

Von den Schriftstellern, welche eine Vollmachtserteilung durch

Erklärung an die Öffentlichkeit zulassen, sagt nur Staudinger a. a. O. S. 481 ausdrücklich, dass in diesem Falle ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft nicht vorliege. Man könnte ja auch behaupten, dass bei diesen Vollmachtserteilungen als Adresse nicht der einzelne beliebige Dritte anzusehen sei, sondern die Allgemeinheit, das Publikum, und dass hier das Zugehen der Erklärung für alle das Publikum bildende Einzelpersonen bereits dann anzunehmen sei, wenn die Erklärung so an die Aussenwelt gelangt ist, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme für beliebige Dritte begründet wurde, ohne Rücksicht darauf, dass vielleicht einzelne Dritte die Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht hatten, ihnen also die Erklärung nicht zugegangen ist.

§ 4.

III. Die Kundgebung der Bevollmächtigung.

Für die ganze Lehre von der Vollmachtserteilung ist endlich noch bedeutend die Würdigung der §§ 171, 172 BGB. Die Literatur über diese Fragen ist kontrovers. Viele Schriftsteller sehen in diesen Paragraphen gewöhnliche Bevollmächtigungen, es sind weitere Fälle der Vollmachtserteilung, die sich an diejenigen des § 167 angliedern.

Unter sich weichen die Vertreter dieser Ansicht wieder von einander ab. Die einen wollen eine Kollision ihrer Ansicht mit dem § 166 Abs. 2, in welchem die Vollmacht als die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht definiert wird, vermeiden und sehen daher in der besonderen Mitteilung des § 171, der ihr gleichgestellten Aushändigung und Vorlegung einer Vollmachtsurkunde des § 172, sowie in der öffentlichen Bekanntmachung des § 171 Willenserklärungen, so dass auch hier die Vollmacht durch Rechtsgeschäft begründet ist (so namentlich Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band S. 438, 439, Dernburg a. a. O. S. 533; auch Romeick a. a. O. S. 126 hält die Kundgebung der §§ 171, 172 für eine Willenserklärung, obwohl er in ihr keine Vollmachtserteilung sieht). Die andern halten diese Kundgebungen der §§ 171, 172 nicht für Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte und sind daher gezwungen anzunehmen, dass Vollmacht nicht nur eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, sondern auch eine durch

blosse Rechtshandlung geschaffene Vertretungsmacht ist (so z. B. Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erste Hälfte 1904 S. 217, wohl auch Biermann, Bürgerliches Recht, I. Band S. 266).

Wie bereits oben in der Polemik gegen Romeick hervorgehoben wurde, enthalten die §§ 171, 172 nicht Fälle der Vollmachtserteilung. Das ergibt sich, abgesehen von der im vorigen Paragraphen dargelegten Gesetzgebungsgeschichte, auch aus dem Gesetze selbst.

Schon die Stellung der §§ 171, 172 im Gesetze spricht dafür, dass sie nicht wie der § 167 Fälle der Vollmachtserteilung enthalten, sodann aber namentlich auch der Wortlaut der bezüglichen Vorschriften. Der § 167 redet von der Erteilung der Vollmacht, der § 171 davon, dass der Andere zur Vertretung befugt sei. Wäre der § 171 dem § 167 wesensgleich, so würde es doch im § 171 heissen müssen: Die Erteilung der Vollmacht kann auch erfolgen durch besondere Mitteilung usw. Der § 170 spricht vom Inkraftbleiben der Vollmacht, der § 171 vom Bestehenbleiben der Vertretungsmacht, ebenso auch § 172.

Es wird folgendes zu sagen sein: Die Kundgebung der Bevollmächtigung gemäss §§ 171, 172 hat ihre Stelle und Bedeutung für den Fall der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, hier wird sie vielfach vorkommen und deshalb musste das Gesetz zu ihr Stellung nehmen. Dies zeigt schon der erste Entwurf; dieser kannte überhaupt nur Vollmachtserteilung durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden, jedoch befasste er sich bereits mit der in diesem Falle häufig hinzutretenden Kundgebung der erfolgten Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber. Die Vollmacht wie überhaupt jede Vertretungsmacht hat ihre Wirksamkeit nach aussen, auf Grund der Vollmacht sollen seitens des Bevollmächtigten Rechtsbeziehungen zwischen dem Vollmachtgeber und dritten Personen geschaffen werden. Der Vollmachtgeber hat ein Interesse daran, dass die Vollmacht auch ausgeübt wird und deshalb wird er ihre Erteilung dem in Aussicht genommenen Geschäftsgegner bezw. mehreren Geschäftsgegnern mitteilen. Es hat der Machtgeber Vollmacht erteilt, um selbst von den Geschäften etwas entlastet zu werden, und wird nun natürlich wünschen, dass er selbst nicht mehr soviel angegangen wird und dies vor allem dadurch erreichen, dass er die an den Bevollmächtigten erfolgte Erteilung der Vollmacht tunlichst verbreitet. So-

dann wird der Dritte, dem gegenüber jemand als Vertreter eines Andern tätig werden will, vielfach Aufschluss über das Vorliegen einer Vertretungsmacht verlangen, er selbst wird dem unbekannten angeblich Bevollmächtigten nicht vertrauen wollen, so dass der Abschluss eines Geschäfts vereitelt wird. Das fällt alles weg, wenn die erfolgte Vollmachtserteilung durch besondere Mitteilung gegenüber diesem Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist, oder der Bevollmächtigte eine von seinem Machtgeber ausgestellte Vollmachtsurkunde vorzulegen vermag.

Somit sind es verschiedene Umstände, die den Vollmachtgeber im gewöhnlichen Leben veranlassen, eine erfolgte Vollmachtserteilung kundzugeben und es wird dies auch vielfach geübt; namentlich ist es gang und gäbe, dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde auszuhändigen, damit sie dieser einem Geschäftsgegner zur Legitimation vorlegen kann.

Ist die Vollmacht dagegen erteilt durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so kommt eine besondere Mitteilung an diesen, dass man den Vertreter bevollmächtigt habe, gar nicht vor, sie wäre ja geradezu sinnlos und ihre rechtliche Bedeutung gleich null. Ebensowenig wird der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten noch eine Urkunde mitgeben zum Zwecke der Vorlegung an den Dritten, da doch der Dritte bereits informiert ist. Und endlich die öffentliche Bekanntmachung, dass man einen Andern bevollmächtigt habe, setzt notwendig voraus, dass die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden stattgefunden hat; denn selbst wenn man eine Vollmachtserteilung durch öffentliche Erklärung für möglich erachtet, so wird in einem solchen Falle eine solche Bekanntmachung, weil sinnlos, nicht vorkommen. Eine solche öffentliche Bekanntmachung, dass man einen Andern bevollmächtigt habe, ist namentlich dann von grosser Bedeutung, wenn man eine Vollmachtserteilung durch öffentliche Erklärung nicht für möglich erachtet. Es kommen hier Vollmachten in Frage, deren Ausübung im grossen Geschäftsverkehr gegenüber beliebigen Dritten erfolgen soll und hier wird es für die gewollte umfassende Ausübung der Vollmacht darauf ankommen, dass tunlichst viele Personen von der an den Vertreter erfolgten Vollmachtserteilung Kenntnis erhalten.

1. Der Regel des Lebens wird es entsprechen, dass die Kundgebung der Bevollmächtigung gemäss §§ 171, 172 mit der wirk-

lichen Rechtslage übereinstimmt, es wird Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt sein, sie wird auch den kundgegebenen Inhalt haben und die Vollmachtserteilung wird mängellos sein. Auch bei dieser Sachlage hat die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 eine selbständige praktische Bedeutung. Ist nämlich die Vollmacht erteilt durch Erklärung gegenüber dem Dritten, so wird der Dritte sein ganzes Vertrauen auf diese ihm gewordene Erklärung richten und durch sie allein zum Abschluss von Geschäften mit dem Bevollmächtigten bewogen werden. Dieses Vertrauen des Dritten schützt das Gesetz besonders in Ansehung des Erlöschens der Vollmacht, wenn auch die Ausdrucksweise nicht ganz glücklich ist. Die Vollmacht erlischt hier nach den allgemeinen Grundsätzen, jedoch wird sie zu Gunsten des Dritten solange als fortbestehend fingiert, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird. Auf diese zu seinen Gunsten angeordnete Fiktion des Fortbestehens der erloschenen Vollmacht kann sich der Dritte nicht berufen, wenn er das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss (§ 170 mit § 173). In analoger Weise ist ein Schutz zu Gunsten des Dritten, bezw. im Falle der öffentlichen Bekanntmachung zu Gunsten der Dritten, statuiert, wenn die Vollmachtserteilung erfolgt ist durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden, jedoch die erfolgte Bevollmächtigung gemäss §§ 171, 172 kundgegeben wurde. Auch hier verlässt sich der Dritte auf die Kundgebung, im Vertrauen auf sie lässt er sich mit dem in derselben als bevollmächtigt Bezeichneten ein und wird daher wie bei einer an ihn erfolgten Vollmachtserteilung besonders geschützt. Die durch Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilte Vollmacht, die noch kundgegeben ist, erlischt zwar nach allgemeinen Grundsätzen wie die nicht kundgegebene Vollmacht, sie wird jedoch zu Gunsten des bezw. der Dritten als fortbestehend fingiert, bis die Kundgebung in entsprechender Weise redressiert ist. Dies gilt nicht, wenn der geschützte Dritte das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss. Man kann dies auch folgendermassen ausdrücken: Durch die Kundgebung wird stets kraft Gesetzes eine der Kundgebung entsprechende Vertretungsmacht begründet, die hier mit der Vollmacht völlig übereinstimmt und daher während des Bestehens der Vollmacht gewissermassen latent ist. Ist dagegen die Vollmacht erloschen, dann tritt diese

bis jetzt bedeutungslose kraft gesetzlicher Vorschrift bestehende Vertretungsmacht in äussere Wirkung, solange die Kundgebung nicht in entsprechender Weise redressiert ist und der Dritte das Erlöschen der Vollmacht nicht kennt oder kennen muss. Auch hier ist die Fassung des Gesetzes keine glückliche, was sich namentlich daraus erklärt, dass eben durch die bezüglichen Vorschriften zugleich der Fall getroffen werden sollte, bei dem eine Vollmacht überhaupt nicht vorlag, die Kundgebung somit der wahren Sachlage widersprach (§§ 171, 172, 173 vgl. mit § 120 Abs. 2 und § 121 Abs. 4 des ersten Entwurfs).

2. Besonders schwierig ist die Rechtslage dann, wenn die Kundgebung den tatsächlichen Verhältnissen überhaupt nicht entspricht. Es ist eine Vollmacht gar nicht erteilt, oder das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung ist nichtig. Es ist klar, dass hier das Vertrauen des bezw. der Dritten auf die Kundgebung geschützt werden muss, da diese Kundgebung viele überhaupt veranlasst hat, sich mit dem als bevollmächtigt Bezeichneten einzulassen oder wenigstens sich einzulassen ohne jede nähere Prüfung des gegenüber dem Vertreter erfolgten Vollmachtserteilungsaktes. Dieser Schutz des Dritten konnte seitens des Gesetzgebers in verschiedener Weise erreicht werden. Es konnte dem Kundgebenden verstattet werden, sich auf die Unrichtigkeit der Kundgebung zu berufen gegen Ersatz des negativen Interesses gemäss § 122 Abs. 1, oder der Kundgebende wird dem bezw. den Dritten obligatorisch verpflichtet, sich so behandeln zu lassen, als habe der Vertreter Vollmacht gehabt (Motive Band I S. 237). Dies erschien jedoch beides als nicht genügend, vielmehr soll in diesen Fällen der Kundgebung gemäss §§ 171, 172 kraft gesetzlicher Vorschrift Vertretungsmacht bestehen nach Massgabe des Inhalts der Kundgebung. Diese kraft Gesetzes angeordnete Vertretungsmacht, bei der von Haus aus im Gegensatz zu Fall 1 eine entsprechende Vollmacht gar nicht besteht, bleibt solange in Kraft, bis die Kundgebung in entsprechender Weise redressiert ist (§ 171 Abs. 2 und § 172 Abs. 2). Ein Erlöschen der Vertretungsmacht o h n e Redressierung der Kundgebung gemäss § 171 Abs. 2 und § 172 Abs. 2 ist mangels Bestehens einer Vollmacht unmöglich und es kann daher, solange die Kundgebung fortbesteht, ein Kennen oder Kennenmüssen des Gegners von einem Erlöschen der Vertretungsmacht nicht in Frage kommen; somit ist der § 173 in dieser Beziehung unanwendbar.

3. Interessant ist die Rechtslage dann, wenn das gegenüber dem Vertreter vorgenommene Vollmachtserteilungsgeschäft nur anfechtbar ist und nunmehr eine Kundgebung der erteilten Vollmacht stattgefunden hat. Hier liegt der Kundgebung zunächst gültige Vollmacht zugrunde; denn bis zur erfolgten Anfechtung besteht das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung als vollwirksames fort und hat seine normalen Rechtsfolgen. Diese auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft beruhende Vollmacht kann natürlich nach allgemeinen Grundsätzen gemäss § 168 erlöschen, und wenn ein solches Erlöschen eingetreten ist, so wirkt gemäss dem zu Ziff. 1 Ausgeführten die kraft Gesetzes durch Kundgebung gemäss §§ 171. 172 begründete Vertretungsmacht nicht zugunsten des Dritten, der bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muss § 173. Man kann in diesem Falle, wie oben geschehen, die Bedeutung der §§ 171, 172 auch damit ausdrücken, dass man sagt, die an sich erloschene Vollmacht werde kraft Gesetzes zugunsten des Dritten als fortbestehend fingiert, dies gelte jedoch nicht für denjenigen Dritten, der bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das erfolgte Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muss.

Eine besondere Frage, die für die ganze Beurteilung der §§ 171, 172 hochbedeutend ist, ist die, wie es im Falle einer erfolgten Anfechtung zu halten ist. Wird das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung angefochten, so könnte man auf Grund des § 142 Abs. 1 behaupten, dass eine Vollmacht nie bestanden habe, also auch nicht erlöschen konnte, und somit der § 173 unanwendbar sei, vielmehr die auf Grund der Kundgebung entstandene Vertretungsmacht bis zur entsprechenden Redressierung derselben fortbestehe, gleichgültig ob der Dritte die erfolgte Anfechtung kennt oder kennen muss. Dies erscheint jedoch als unrichtig, da die Rückwirkung der Nichtigkeit eine gesetzliche Fiktion ist und daher sehr wohl auch bei erfolgter Anfechtung von einem Erlöschen der Vollmacht gesprochen werden kann, überdies die Anwendung des § 173 nicht nur durch eine vernünftige Interessenabwägung verlangt wird, da kein Grund ersichtlich ist, warum im Falle der Anfechtung der Dritte mehr geschützt sein soll als im Falle des Widerrufs, sondern auch deshalb geboten ist, weil, wie noch zu zeigen, bei der Vollmacht vielfach statt der Anfechtung Widerruf erfolgen wird. Somit ergibt sich

folgender Satz: Ist eine anfechtbare Vollmachtserteilung angefochten worden, so kann sich der Dritte auf die kraft Gesetzes durch die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht nicht berufen, wenn er die erfolgte Anfechtung und damit das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss § 173.

4. Zweifelhaft erscheint auch der Fall, in dem eine Vollmachtserteilung stattgefunden hat, dieselbe sich jedoch in engeren Grenzen hält, als die Kundgebung besagt. Soweit Rechtsgeschäfte im Rahmen der wirklich erteilten Vollmacht geschlossen werden, hat die Kundgebung der §§ 171, 172, wie oben ausgeführt, nur Bedeutung für die Wirkung des Erlöschens der wirklich erteilten Vollmacht gegenüber dem Dritten § 173. Ist also ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden im Rahmen der erfolgten Vollmachtserteilung, die Vollmacht jedoch bereits erloschen, so ist trotzdem zugunsten des Dritten bei nicht redressierter Kundgebung Vertretungsmacht vorhanden, es sei denn, dass er das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte oder kennen musste. Liegt das Rechtsgeschäft ausserhalb der erteilten Vollmacht, fällt es also lediglich in den Rahmen der durch Kundgabe kraft Gesetzes begründeten Vertretungsmacht, so gibt es eigentlich, wie oben hervorgehoben wurde, für die Anwendung des § 173 keinen Raum, denn es fehlt ja von Anfang an an einer dieses Rechtsgeschäft umfassenden Vollmacht, und es kann daher, solange die Kundgebung fortbesteht, ein Kennen oder Kennenmüssen des Gegners von einem Erlöschen der Vertretungsmacht nicht in Frage kommen. Es ist jedoch denkbar, dass die wirklich erteilte Vollmacht, die in engeren Grenzen gehalten ist, erloschen ist und der Dritte das Erlöschen dieser Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss. Soll hier nicht wenigstens in analoger Anwendung des § 173 gesagt werden können, dass sich der Dritte auf die durch die Kundgabe begründete Vertretungsmacht nicht mehr berufen kann, wenn er das Erlöschen der der Kundgabe jedenfalls zugrunde liegenden, wenn auch enger gefassten Vollmacht kennt oder kennen muss? Ich glaube, dass diese Frage unbedenklich bejaht werden kann.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so sehen wir, dass sich bei der Kundgebung der Vollmacht gemäss §§ 171, 172 verschiedene Fälle unterscheiden lassen, die das Gesetz alle zusammen in den

§§ 171, 172, 173 regeln wollte, wodurch die Klarheit seiner Fassung sehr beeinträchtigt wurde.

Besonders schwierig und bestritten ist die Frage der Ausdehnung des Prinzips des § 173 auf das Nichtentstehen der Vertretungsmacht genauer Vollmacht. Steht im Falle der Kundgebung der Bevollmächtigung gemäss §§ 171, 172 dem darin als bevollmächtigt Bezeichneten Vertretungsmacht nicht zu, wenn die Kundgebung von vornherein den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, sei es, dass gültige Vollmacht überhaupt nicht oder doch nicht in dem kundgegebenen Umfang erteilt wurde, und der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts dies weiss oder wissen muss?

Zunächst lässt sich wohl folgender Satz aufstellen: Soweit die Benützung bezw. die Geltendmachung der durch die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 kraft des Gesetzes begründeten Vertretungsmacht eine vorsätzliche Schadenszufügung wider die guten Sitten seitens des Dritten darstellt, kann sich der Dritte nicht auf diese gesetzlich angeordnete Vertretungsmacht berufen. Denken wir an folgenden Fall: A muss schnell verreisen, er geht zu B und sagt ihm, dass er ihn, wenn je Geschäfte während seiner Abwesenheit erforderlich werden sollten, telegraphisch bevollmächtigen werde, gleichzeitig übergibt er ihm eine auf Generalvollmacht lautende Urkunde, mit der sich B eintretenden Falles legitimieren könne. Der B, der, was A nicht wusste, völlig vermögenslos ist, sucht nunmehr zu Lasten des A ein gehöriges Darlehen aufzunehmen, um mit dem Gelde zu verschwinden. Er begibt sich daher zu dem ihm bekannten Konkurrenten und Feind des A, erzählt diesem den Sachverhalt, der nunmehr, um den A zu schädigen, mit B als Vertreter des A einen Darlehensvertrag abschliesst, worauf B mit dem Gelde verschwindet. Hier wird trotz Vorlegung der Vollmachtsurkunde seitens B eine Verurteilung des A zur Rückzahlung des Darlehens nicht erfolgen können § 826 mit § 138 Abs. 1 BGB. Die gleiche Sachlage kann sich ergeben bei Nichtigkeit des Vollmachtserteilungsgeschäfts oder wenn die erteilte Vollmacht sich in engeren Grenzen hielt als die Kundgebung besagt.

Man wird aber auch behaupten können, dass das blosse Wissen des Dritten davon, dass die Kundgebung den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, weil eine Vollmacht so, wie sie kundgegeben wurde, nicht entstanden ist, die Berufung auf die durch §§ 171, 172 angeordnete Vertretungsmacht ausschliesst. Denn wenn

man auch sagen muss, dass die in den §§ 171, 172 statuierte Vertretungsmacht, soweit eine entsprechende Vollmacht nicht vorliegt, allein und unmittelbar auf Gesetz beruht, so besteht doch eine nahe Verwandtschaft zu der auf Rechtsgeschäft beruhenden Vertretungsmacht (vergl. Biermann, Bürgerliches Recht, I. Band S. 266). Die §§ 171, 172 sollen jedenfalls keinen weitergehenden Schutz gewähren, als wenn eine wirkliche Vollmachtserteilung des kundgegebenen Inhalts stattgefunden hätte. Es lässt sich daher auf diese durch Kundgebung begründete Vertretungsmacht der für die Vollmacht vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochene Satz analog anwenden, dass der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, und dass der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiss und erkennen kann, dass die Vollmacht gemissbraucht wird, aus solcher Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten vermag RGZ Bd. 15 S. 206, Bd. 52 S. 99. Für die Übertragung dieses Satzes spricht auch der Wortlaut des § 120 des ersten Entwurfs „gilt als selbständige Bevollmächtigung".

Aber auch das blosse Wissenmüssen des Dritten davon, dass die Kundgebung den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, dass die Vollmacht so, wie sie kundgegeben wurde, nicht entstanden ist, muss genügen, um dem Dritten die Geltendmachung der durch die §§ 171, 172 begründeten Vertretungsmacht zu versagen. Es spricht für diese Annahme bereits der Grund der ganzen Vorschrift „Schutz des Vertrauens Dritter, die sich auf die Kundgebung verlassen haben". Dieser Schutz des Dritten wird in ähnlichen Fällen nicht gewährt, wenn der Dritte fahrlässig den wahren Sachverhalt verkannte. Bereits oben ist hervorgehoben worden, dass der Gesetzgeber den Schutz des Dritten in diesen Fällen der Kundgebung einer Vollmacht hätte auch dadurch erreichen können, dass dem Kundgebenden die Berufung auf die Unrichtigkeit seiner Kundgabe gegen Ersatz des negativen Interesses verstattet worden wäre. Es besteht ein gewisser Zusammenhang mit den Fällen der sog. Gefährdungshaftung §§ 119, 120 vergl. mit § 122, § 307, aber auch § 179 BGB, in denen allen bei Fahrlässigkeit der besondere Schutz des Dritten entfällt.

Sodann führt auch eine analoge Anwendung des § 173 zu demselben Ergebnis. Der § 173 handelt ebenfalls von dem Schutz

des Vertrauens Dritter, der nicht stattfinden soll, wenn der Dritte sich in Fahrlässigkeit befand. Der § 173 spricht allerdings nur vom Erlöschen der Vertretungsmacht; es ist jedoch bereits dargetan worden, dass der Paragraph wenig glücklich gefasst ist und einer verschiedenen Auslegung im Einzelfalle bedarf. Es sollte eben hier sowohl für die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten als für die Kundgabe einer erfolgten Bevollmächtigung, die in Ansehung des Erlöschens der „Vollmacht" praktisch gleich behandelt werden konnten, der besondere Schutz des Dritten für den Fall seiner Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden. Der § 173 konnte das Nichtentstehen der Vertretungsmacht nicht aufführen, da die Kenntnis hievon nur bei der Kundgebung einer erfolgten Bevollmächtigung, nie bei der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten relevant sein kann. Es ist daher m. E. verfehlt, aus § 173 durch argumentum a contrario zu schliessen, dass das Kennen oder Kennenmüssen von der Nichtentstehung der Vollmacht für die Wirkung der Kundgebung gleichgültig sei, weil diese Vorschrift nur vom Erlöschen der Vertretungsmacht rede. Für die in § 173 mitbehandelte Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten wäre eine solche Vorschrift über das Nichtentstehen der Vertretungsmacht sinnlos gewesen, da das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung selbstverständlich gültig sein muss, damit dem Dritten gegenüber Vollmacht begründet wird. Ist die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten nichtig, so ist eben Vollmacht nicht entstanden und daher das Wissen oder Wissenmüssen des Dritten von dieser Nichtigkeit unbeachtlich, da die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Kenntnis des Empfängers der Erklärung nicht berührt wird. Die Anwendung des § 173 auf den Fall der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten setzt vor allem voraus, dass diese gültig erfolgt ist und dann soll späterhin, obwohl die gültig zustande gekommene Vollmacht erloschen ist, dieselbe zu Gunsten des redlichen Dritten als fortbestehend angesehen werden. Nur für den Fall der Kundgebung einer erfolgten Bevollmächtigung ist es überhaupt möglich von einem Nichtentstehen der Vollmacht zu reden und trotzdem zunächst Vertretungsmacht anzunehmen. Es wäre aber kein Grund dafür einzusehen, warum die Kundgebung hinsichtlich der Fortdauer ihrer Wirksamkeit an sich von dem Erlöschen der Vollmacht abhängig sein soll, so dass die durch die

Kundgebung begründete Vertretungsmacht nur zu Gunsten desjenigen besteht, der das Erlöschen der Vollmacht weder kennt noch kennen muss, dagegen die Nichtentstehung der kundgegebenen Vollmacht die Wirksamkeit der Kundgebung niemals beeinflussen soll. Entweder schafft die Kundgebung selbständig Vertretungsmacht ohne jede Rücksicht auf Vollmachtserteilung; dann ist der § 173 nach seinem Wortlaut für die Fälle der Kundgebung einer Vollmacht sinnlos, da diese Vertretungsmacht nur durch entsprechende Kundgebung gemäss §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 redressiert werden und daher anderweit nicht erlöschen kann. Oder es setzt auch die Wirksamkeit der Kundgebung und die dadurch begründete Vertretungsmacht an sich das Bestehen einer Vollmacht voraus, dann ist nicht einzusehen, warum eine Abhängigkeit der Kundgebung nur hinsichtlich des Erlöschens, des Nichtweiterbestehens der Vollmacht, dagegen nicht hinsichtlich des Nichtentstehens derselben statuiert werden soll.

Man könnte gegen die hier vertretene Ansicht den § 409 BGB anführen, wonach der Gläubiger die Anzeige an den Schuldner, dass er die Forderung abgetreten habe, auch dann gegen sich gelten lassen muss, wenn die angezeigte Abtretung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Die Literatur ist nämlich darüber einig, dass hieran auch der Umstand nichts ändert, dass der Schuldner weiss oder wissen muss, dass die Abtretung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist (vergl. Staudinger a. a. O. zweiter Band S. 293. Plank a. a. O. zweiter Band S. 286, Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 385, 386). Allein schon die Gesetzgebungsgeschichte wie auch der Abs. 2 des § 409 ergeben, dass diese Vorschrift keineswegs nur dem Schutze des guten Glaubens dient, somit für die hier in Frage stehende Kundgebung einer Vollmacht nicht verwertet werden kann (vergl. Motive II S. 135 ff., § 306 Abs. 2 S. 2 des ersten Entwurfs und Protokolle II, Bd. 1 S. 395). Auch die Interessenlage ist eine völlig verschiedene. Das Rechtsgeschäft der Abtretung dient lediglich den Interessen des Gläubigers, die Cedierbarkeit erhöht den Wert seiner Forderung, während der Schuldner durch sie nur benachteiligt wird. Soweit daher die Abtretung überhaupt für zulässig erachtet wird, haben die Gesetze es als ihre Aufgabe betrachtet, den Schuldner gegen die aus der Abtretung sich ergebenden Gefahren zu schützen. Von diesem Prinzip aus, wonach die aus der Zulassung der Abtretung für den

Schuldner sich ergebenden Gefahren unter allen Umständen gemindert werden sollen, ergibt sich ohne weiteres, dass das Kennen oder Kennenmüssen der Unrichtigkeit der Anzeige des § 409 die Wirkung derselben zu Gunsten des Schuldners nicht beeinträchtigen kann. Durch die Anzeige des § 409 erlangt der neue Gläubiger gegenüber dem Schuldner die volle Gläubigerstellung § 410 BGB, in der er gemäss § 409 Abs. 2 besonders gesichert ist. Würde man es dem Schuldner zur Pflicht machen, bei seinem Kennen oder Kennenmüssen der materiellen Unrichtigkeit der Anzeige die Leistung gegenüber dem neuen Gläubiger zu verweigern, so würde der lediglich die Interessen des alten und neuen Gläubigers berührende Streit um die Aktivlegitimation auf den Schuldner abgewälzt werden, so dass dieser in die Gefahren einer Prozessführung sogar wohl mit ihm obliegender Beweislast verwickelt würde, ohne an dem materiellen Ausgange des Rechtsstreits normalerweise irgendwie interessiert zu sein. Anders steht es mit der Kundgebung einer Bevollmächtigung. An dem Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung ist der Dritte, an den die Anzeige erfolgt ist, selbst interessiert, da es vielfach allein oder doch mit zu seinem Vorteil dient; es bedeutet für ihn, wie Hellwig, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess S. 522 ausführt, die Ermächtigung, mit dem Vertreter statt mit der Partei sich einzulassen. Es ist daher mit den Interessen des Dritten unter billiger Berücksichtigung derjenigen des Vollmachtgebers wohl vereinbar, demselben in den Fällen der Kundgebung einer Vollmacht eine gewisse Prüfungspflicht hinsichtlich der Frage der materiellen Richtigkeit der Kundgebung aufzuerlegen. Ferner wird durch die Kundgebung der Bevollmächtigung für den darin als bevollmächtigt Bezeichneten keine selbständige den Dritten an sich bindende Rechtsposition geschaffen, da es dem Dritten jederzeit freisteht, sich direkt an den Vollmachtgeber zu wenden. Nur in den Fällen des § 174 besteht eine gewisse Ausnahme; aber einmal gilt der § 174 nicht für die Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung und dann lassen sich für diese speziellen Fälle die später noch anzuführenden Einschränkungen der hier vertretenen Ansicht in befriedigender Weise verwerten.

Endlich ist bereits oben ausgeführt worden, dass im Falle einer erfolgten Anfechtung der Bevollmächtigung ebenfalls von einem Erlöschen der Vollmacht geredet werden kann, das allerdings zugleich als anfängliches Nichtentstehen erscheint, und dass

daher die Möglichkeit der Berufung auf die durch die §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht entfällt, wenn der Dritte die erfolgte Anfechtung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss. In analoger Anwendung des § 142 Abs. 2 ist zu folgern, dass es für den Ausschluss der durch die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 begründeten Vertretungsmacht, sofern die Anfechtung der Vollmachtserteilung späterhin erfolgt, genügt, wenn der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung kennt oder kennen muss. Muss er die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung kennen, so wird er nach erfolgter Anfechtung so behandelt, wie wenn er den durch die Anfechtung herbeigeführten Effekt „das Erlöschen der Vollmacht" zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts hätte kennen müssen.

Aus allen diesen Gründen lässt sich folgender Satz aufstellen: Auf die durch Kundgebung gemäss §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht kann sich derjenige nicht berufen, der zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts weiss oder wissen muss, dass die kundgegebene Vollmacht nicht erteilt ist oder dass die erteilte Vollmacht nichtig oder anfechtbar ist (im Ergebnis übereinstimmend Hupka a. a. O. S. 163 ff. und 220 ff., Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band § 56 S. 216 und namentlich von Seeler a. a. O., neuestens auch Rosenberg a. a. O. S. 586 Anm. 1).

Dieser Satz bedarf jedoch einer Einschränkung. Es ist denkbar, dass der Vollmachtgeber wissentlich eine Vollmacht kundgibt, die in Wahrheit nicht erteilt ist, und dass er auch die Wirkungen dieser Kundgebung mit in Rechnung zieht. Es hat jemand zunächst Vollmacht erteilt zu einem Verkaufe, nachher stellt er noch eine Vollmachtsurkunde aus, wonach auch Inkassovollmacht erteilt worden ist. Der Bevollmächtigte legt die Urkunde, die er selbst nicht näher gelesen hat, vor und die Käufer zahlen nun späterhin den Kaufpreis an seine Adresse. Hier ist durch die Kundgebung Vertretungsmacht zur Einziehung der Kaufpreisgelder begründet worden, und dies lag auch im Willen des Machtgebers, so dass das Wissen des Dritten, dass eine Vollmachtserteilung dieses Inhalts nicht stattgefunden hat, den Schutz des § 172 nicht ausschliesst. Es folgt dies aus einer billigen Abwägung der beiderseitigen Interessen. Soweit der Machtgeber wissentlich eine Kundgebung erlässt, die mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt, und daher ein Handeln innerhalb der als bestehend kundgegebenen Voll-

macht billigt, wird schlechthin eine Vertretungsmacht im kundgegebenen Umfang begründet; es kann sich daher der Machtgeber, wenn das auf Grund der kundgegebenen Vollmacht vorgenommene Geschäft nicht zu seinem Vorteil ausgefallen ist, nicht darauf berufen, dass Vollmacht nicht erteilt war und dass der Dritte dies wusste oder wissen musste. Im Falle der Kundgebung einer anfechtbaren Vollmacht trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit ist hierin eine Bestätigung des anfechtbaren Vollmachtsrechtsgeschäfts zu erblicken, so dass das Kennen oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit für den Dritten keine Bedeutung mehr hat. Soweit endlich die Kundgebung, deren Abweichung von den tatsächlichen Verhältnissen seitens des Machtgebers gebilligt wird, durch besondere Mitteilung an den Dritten erfolgt, wird vielfach gemäss § 133 anzunehmen sein, dass hier eine neue selbständige Vollmachtserteilung gegenüber dem Dritten vorliegt.

Man wird aber noch weiter gehen und bei billiger Abwägung der beiderseitigen Interessen annehmen können, dass der Dritte, trotzdem er weiss bezw. wissen muss, dass eine der Kundgebung entsprechende Vollmachtserteilung nicht stattgefunden hat, sich auf die durch die §§ 171, 172 gesetzlich angeordnete Vertretungsmacht dann berufen kann, wenn er ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, der Kundgebende habe zur Zeit der besonderen Mitteilung oder Aushändigung der Vollmachtsurkunde oder der öffentlichen Bekanntmachung selbst den wahren Sachverhalt gekannt und trotzdem die Ausnützung der Kundgebung durch den Vertreter gebilligt. Es ist eben doch der Kundgebende, dessen Interesse hier zurücktreten muss, da er vor allem durch die in seinem freien Belieben stehende Kundgabe den Anstoss zum Abschluss von Rechtsgeschäften mit dem Vertreter gegeben hat. Während das Erlöschen der Vollmacht vielfach unabhängig von der Tätigkeit des Machtgebers eintritt, derselbe auch vielfach nicht imstande ist, das Erlöschen zeitig genug mitzuteilen, und ferner, wie Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 274 mit Recht hervorhebt, der Dritte stets mit dem Erlöschen der Vollmacht rechnen muss, ist die Kundgebung der Vollmacht von dem freien Belieben des Vollmachtgebers abhängig, der sich auch vor allem über die wirkliche Sachlage am besten informieren kann und muss, und die sich aus der Kundgebung ergebenden besonderen Gefahren nicht ohne weiteres auf den Gegner abwälzen kann. Und ferner während der Dritte, der das Erlöschen

der Vollmacht kennt, genau weiss, dass Vollmacht nicht besteht, wird er sich bei der Kundgebung, deren Unrichtigkeit er kennt, oft nicht völlige Klarheit darüber verschaffen können, ob nicht noch eine neue gültige Vollmachtserteilung stattgefunden hat, oder ob nicht seitens des Kundgebenden, wenn das Geschäft besonders vorteilhaft ist oder es sich um Abgabe einseitiger Erklärungen handelt, behauptet werden will, es habe eine gültige Vollmachtserteilung stattgefunden.

Unter Beachtung dieser Einschränkungen des aufgestellten Rechtssatzes wird sich eine im einzelnen Falle billige, Treu und Glauben im Verkehr entsprechende Lösung der besonderen Schwierigkeiten der §§ 171, 172 ergeben.

Die rechtliche Natur der Kundgebung einer erfolgten Bevollmächtigung ist bestritten. Sie ist als solche kein Rechtsgeschäft, da die Erklärung nicht von einem Rechtsfolgewillen begleitet ist, sie ist vielmehr Mitteilung eines erfolgten Rechtsgeschäfts und damit einer in der Vergangenheit liegenden Tatsache. Die Aushändigung der Vollmachtsurkunde an den Vertreter und die Vorlegung an den Dritten steht der besonderen Mitteilung gleich und stellt ebenfalls kein Rechtsgeschäft dar. Es ist hier wie bei der Ausstellung eines Frachtbriefes und Aushändigung an den Frachtführer zwecks Übergabe an den Empfänger. Die Ausstellung des Frachtbriefs und Aushändigung desselben ist kein Rechtsgeschäft, der Frachtbrief enthält lediglich eine Mitteilung über ein in der Vergangenheit liegendes Rechtsgeschäft (so namentlich Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, erster Band S. 205 und die dort Anm. 5 aufgeführten Schriftsteller, Isay a. a. O. S. 231, Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dernburg S. 110 und Bürgerliches Recht I. Band S. 266, Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 702 ff.). Es ist somit vor allem die Frage zu lösen, ob und inwieweit die für Willenserklärungen bezw. Rechtsgeschäfte aufgestellten Normen auf diese Rechtshandlung übertragen werden können. Man wird folgendes sagen können: Dem Zwecke der Vorschrift über die Wirksamkeit der Kundgebung entspricht es, dieselbe nicht weiterzuerstrecken, als wenn zur Zeit der Kundgebung eine selbständige Vollmachtserteilung stattgefunden hätte. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der Dritte im Falle der Kundgebung einer Vollmacht besser gestellt sein soll, als wenn eine Vollmachtserteilung und zwar durch Erklärung an ihn statt-

gefunden hätte. Es sind daher namentlich die Vorschriften über Willensfähigkeit und Willensmängel bei Rechtsgeschäften entsprechend zu übertragen. Ob jedoch nicht im einzelnen, namentlich bei der öffentlichen Bekanntmachung, Modifikationen anzubringen sind, soll im folgenden noch näher untersucht werden (so im allgemeinen übereinstimmend namentlich Biermann an den oben angeführten Orten, ablehnend von Seeler a. a. O. S. 36, auch Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 710 ff.).

Es gibt somit zwei Arten der Vollmachtserteilung. Die eine erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und war allein vom ersten Entwurf anerkannt. Aber schon der erste Entwurf berücksichtigte den im Leben häufig vorkommenden Fall der Kundgebung dieser an den Vertreter erfolgten Vollmachtserteilung. Hier musste im Interesse der Verkehrssicherheit eine gewisse Verlässlichkeit der Kundgebung statuiert werden, was der erste Entwurf durch die Anordnung erreichte, dass die Kundgebung als selbständige Bevollmächtigung gelte, jedoch nur zugunsten des redlichen Dritten, wie der Abs. 2 des § 120 und der Abs. 4 des § 121 deutlich ergeben. Die Kundgebung ist also nach dem ersten Entwurf nicht Bevollmächtigung, sie soll nur zugunsten des redlichen Dritten als Bevollmächtigung wirken. Die Kommission für die zweite Lesung wollte nunmehr auch eine Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten anerkennen und hat dies auch im Gesetze zum Ausdruck gebracht. Diese Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten hat eine stärkere Wirkung als die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, sie wirkt in Ansehung der Frage des Erlöschens der Vollmacht wie letztere plus Kundgebung gemäss §§ 171, 172. Das BGB hat im übrigen die Bedeutung der Kundgebung nicht geändert, sie begründet Vertretungsmacht, es sei denn, dass der Dritte weiss oder wissen muss, dass eine entsprechende Vollmacht nicht entstanden oder die entstandene Vollmacht bereits erloschen ist. Nur dann schadet das Wissen oder Wissenmüssen des Dritten davon, dass eine der Kundgebung entsprechende gültige Bevollmächtigung nicht vorliegt, nichts, wenn der Vertretene die Kundgebung erlassen hat, obwohl er wusste, dass sie den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach und die Ausnützung derselben durch den Vertreter gebilligt hat, oder der Dritte ohne Fahrlässigkeit das Vorliegen eines solchen Falles annehmen durfte.

IV. Willensfähigkeit des Vollmachtgebers.

§ 5.

1. Geschäftsunfähigkeit und verwandte Tatbestände.

Der Vollmachtgeber ist geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder er befindet sich in einem Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit § 105 Abs. 2 BGB. Hier ist zu unterscheiden:

a) Die Vollmacht ist erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Hier ist die Willenserklärung nichtig § 105 BGB und somit Vollmacht für den Gegner der Erklärung nicht entstanden. Hat der Erklärungsgegner auf Grund der ihm gegenüber erfolgten Vollmachtserteilung gehandelt oder sind Rechtsgeschäfte ihm gegenüber vorgenommen worden (aktive und passive Vertretung), so sind diese Willenserklärungen bezw. Rechtsgeschäfte an sich vollkommen gültig; es liegt eben Vertretung ohne Vertretungsmacht vor. Die Willenserfordernisse des Ausführungsgeschäfts werden nach der Auffassung des BGB lediglich nach der Person des Vertreters geprüft (§ 166); daher ist die Geschäftsunfähigkeit des Vertretenen für die Vornahme des Rechtsgeschäfts seitens des Vertreters gleichgültig. Es ist ja auch leicht möglich, dass die zur Zeit der Vollmachtserteilung bestehende Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers später bei der Ausübung der Vollmacht seitens des Vertreters in Wegfall gekommen ist. Der Vertretene ist lediglich Subjekt der Wirkungen des Ausführungsgeschäfts (Recht und Pflicht, Aufhebung von Rechten), somit auch der Geschäftsunfähige, der ja rechtsfähig ist.

Besteht die Geschäftsunfähigkeit weiter, so kann die nach allgemeinen Grundsätzen zulässige Genehmigung des vollmachtlos geschlossenen Ausführungsgeschäfts eben durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen. Unter Umständen genügt jedoch diese Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht, vielmehr ist auch noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, wenn der gesetzliche Vertreter das fragliche Rechtsgeschäft ebenfalls nicht allein mit Wirksamkeit für den Geschäftsunfähigen vornehmen kann. Ist das vollmachtlos abgeschlossene Rechtsgeschäft ein Vertrag, so ist der § 1829 BGB analog anzuwenden; es hängt somit die Wirksamkeit des Vertrags für den vertretenen Geschäftsunfähigen

von der Genehmigung des Vormundes und von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Es ist ähnlich, wie wenn der Vormund Vollmacht als gesetzlicher Vertreter erteilt hätte und nun seitens des Bevollmächtigten der der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts noch bedürfende Vertrag geschlossen worden wäre, da die Genehmigung des vollmachtlosen Geschäfts eine Art nachträglicher Vollmachtserteilung darstellt. Es wird nicht richtig sein zu sagen, dass, weil der in Frage stehende vollmachtlos geschlossene Vertrag an sich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, auch bereits die den Vollmachtsmangel heilende Genehmigung des Vormundes eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordere und somit die Genehmigung des Vormundes allein gemäss § 1831 schlechthin unwirksam sei. Der Vormund kann den Vertrag für den Geschäftsunfähigen zunächst selbst schliessen, er kann somit auch gültige Vollmacht hiezu erteilen und den Vertrag durch einen Bevollmächtigten schliessen lassen, ebenso kann er den Effekt einer Bevollmächtigung durch nachträgliche Genehmigung des vollmachtlos geschlossenen Geschäfts herbeiführen: in allen Fällen liegt eben ein Vertrag vor, dessen Wirksamkeit von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängt. Steht ein einseitiges Rechtsgeschäft in Frage, bei dem ausnahmsweise gemäss § 180 Heilung der mangelnden Vertretungsmacht durch Genehmigung möglich ist, und ist dieses einseitige Rechtsgeschäft zugleich ein solches, zu dessen Vornahme der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so ist die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht völlig wirkungslos. Hätte der Vormund das einseitige Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen, so wäre es unwirksam; hätte er Vollmacht hiezu erteilt, so wäre zwar gültige Vollmacht entstanden — der Vormund hat Vertretungsmacht für diese Geschäfte, kann also auch Vollmacht erteilen, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist ein weiteres selbständiges Erfordernis, das die Vertretungsmacht des Vormunds nicht aufhebt - aber das seitens des Bevollmächtigten geschlossene Geschäft wäre ebenfalls wirkungslos, jedoch läge kein Handeln ohne Vertretungsmacht vor, ebenso ist die Genehmigung des Vormunds als nachträgliche Vollmachtserteilung gültig, so dass das Rechtsgeschäft nicht mehr vollmachtlos geschlossen ist;

jedoch ist das Rechtsgeschäft trotzdem gemäss § 1831 aber nicht mehr wegen fehlender Vertretungsmacht unwirksam. Man muss somit die Genehmigung des Vormundes, die den Mangel der Vertretungsmacht beheben soll, scharf unterscheiden von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Erstere Genehmigung liegt im freien Belieben des Vormundes und bringt den Effekt hervor, der bei eigenem rechtsgeschäftlichen Handeln des Vormunds bestanden hätte; es wird also der Mangel der Vertretungsmacht stets hiedurch geheilt, soweit dies überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen durch eine nachträgliche Genehmigung bewirkt werden kann.

Erfolgt keine Genehmigung weder durch den willensfähig gewordenen Machtgeber noch durch den Vormund oder ist der Mangel der Vertretungsmacht durch Genehmigung nicht heilbar, so kann der Vertreter gemäss § 179 in Anspruch genommen werden. Hat er den Mangel seiner Vertretungsmacht selbst nicht gekannt und wird er nunmehr auf das negative Interesse belangt, so kann er sich bei seinem Machtgeber schadlos halten, wenn die Voraussetzungen des § 826 in Verbindung mit § 829 BGB vorliegen.

b) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so ist dieses Rechtsgeschäft ebenfalls nichtig und eine Vollmacht nicht entstanden. Handelt der anscheinend Bevollmächtigte im Namen des Geschäftsunfähigen oder im Moment der Vollmachtserteilung Bewusstlosen oder Geistesgestörten, so liegt wiederum Vertretung ohne Vertretungsmacht vor und es kann für die weitere Entwickelung auf das oben Ausgeführte Bezug genommen werden. Der § 170 ändert an diesem Ergebnis nichts, da von einem Inkraftbleiben der sofort nichtigen Vollmacht nicht gesprochen werden kann (wenig klar Romeick a. a. O. S. 125 und 130). Es fragt sich nur, ob nicht hinsichtlich der Frage der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht eine Modifikation anzubringen ist. In diesen Fällen der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, wird sich der Dritte, wie bereits oben hervorgehoben wurde, vor allem auf die ihm gewordene Vollmachtserklärung verlassen und wird in seinem Vertrauen hierauf auch besonders geschützt § 170. Er wird der seitens des Vertreters durch sein Auftreten als solcher aufgestellten Behauptung einer Vertretungsmacht keine Bedeutung beilegen, sich vielmehr ganz auf die ihm zugegangene

Vollmachtserklärung stützen. Namentlich in dem Falle, in dem der Dritte den Vertreter erst von der ihm gegenüber erfolgten Bevollmächtigung in Kenntnis setzt, also selbst und allein Vertretungsmacht behauptet, und dadurch den Vertreter zur Vornahme eines Ausführungsgeschäfts veranlasst, wird die Inanspruchnahme des Vertreters, der selbst den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, vielfach gegen Treu und Glauben im Verkehr verstossen und daher eine exceptio doli begründet sein (§§ 157, 242, 320 Abs. 2 BGB). Der Vertreter hat in diesem Falle Vertretungsmacht gar nicht behauptet, sie ist vielmehr ihm gegenüber behauptet worden, somit fehlt es am Rechtsgrund der Haftung des Vertreters an der „Vollmachtsbehauptung" (vgl. Hölder, Kommentar zum BGB 1900 § 179 S. 378 und Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht S. 91 ff., auch § 125 des ersten Entwurfs). Auch diejenigen Schriftsteller, welche die Haftung des Vertreters auf die Schadensverursachung als solche gründen, so namentlich Gierke, Deutsches Privatrecht S. 301 Anm. 81 und Regelsberger, Pandekten S. 600, müssen in dem Falle, in dem der Dritte erst den Vertreter von der erfolgten Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt und dadurch zum Abschlusse eines Rechtsgeschäfts veranlasst hat, die Haftung des Vertreters mangels kausalem Verhalten ablehnen. Auch die Ansicht Wendts in Endemanns Handbuch erster Band S. 304, dass eine gesetzliche Obligation vorliege, würde unter Berufung auf den § 242 dazu führen, dass in diesem Falle die Obligation nicht durchgeführt werden kann. Ebenso müssten die Vertreter der Ansicht, dass die Haftung auf einem mindestens stillschweigend abgeschlossenen Garantievertrag ruhe, im vorliegenden Falle das Bestehen einer vertragsmässigen Garantieübernahme leugnen bezw. sogar eine Garantieübernahme seitens des Dritten als gegeben erachten. Man könnte endlich zu § 179 folgendes sagen: Das Gesetz legt demjenigen, der sich als Vertreter geriert, eine Garantiepflicht dafür auf, dass das Rechtsgeschäft Wirkung für den Vertretenen erlangt. Der Vertreter ist „Garant", denn er haftet gemäss § 179 erst, wenn feststeht, dass den Vertretenen das Geschäft nichts angeht. Diese gesetzliche Garantiepflicht kann zweifellos vertraglich ausgeschlossen werden, ebenso gemäss §§ 157, 242 durch einen stillschweigenden Vertrag. Die Parteien hätten, wenn sie an die Möglichkeit eines Mangels der Vertretungsmacht gedacht hätten, sicherlich vereinbart, dass der

Vertreter nicht verhaftet werden soll, da ja dieser gar keinen Anlass zum Abschluss des Geschäfts gegeben hat.

Das Entsprechende gilt für den Fall der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten, einer unbestimmten Mehrheit von Personen.

c) Für a ist noch besonders zu erörtern der Fall, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an einen Dritten eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben wird. Die Kundgebung ist allerdings kein Rechtsgeschäft, sie ist aber nach allgemeiner Ansicht analog zu behandeln (a. A. von Seeler a. a. O. S. 36, zustimmend auch Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 711). Es ist daher anzunehmen, dass wenn die Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt der Kundgebung andauert bezw. auch hiebei der Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit besteht, die Kundgebung ebenfalls nichtig ist. Als Zeitpunkt der Kundgebung erscheint in analoger Anwendung des § 130 Abs. 2 die Entäusserung der Mitteilung, speziell im Falle des § 172 die Aushändigung der Vollmachtsurkunde. Es vermag also in diesem Falle die nichtige Kundgebung keine Vertretungsmacht zu Gunsten des bezw. der Dritten zu begründen. Ist nunmehr im Falle einer solchen ebenfalls nichtigen Kundgebung ein Rechtsgeschäft seitens des Vertreters vorgenommen worden und ist keine Genehmigung erfolgt oder konnte eine solche nicht stattfinden, so könnte man, sofern der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kennt, daran zweifeln, ob der Vertreter auf das negative Vertragsinteresse in Anspruch genommen werden kann, da sich ja immerhin sagen lässt, dass das Vertrauen des Dritten sich auf die Kundgebung bezieht, in dem er in normalen Fällen auch sehr stark geschützt ist. Immerhin wird man die Haftung des Vertreters anzunehmen haben, da er eben selbst eine wenn auch nichtige Vollmachtserklärung erhalten hat, somit ihm besondere Veranlassung zur Prüfung derselben vor seiner Einlassung mit dem Dritten gegeben wurde, er auch auf Grund der ihm gewordenen Vollmachtserklärung als Vertreter tätig geworden ist, während er oben lediglich durch die Behauptung des Dritten über die ihm erteilte Vollmacht veranlasst wird, als Bevollmächtigter aufzutreten und vielfach überhaupt nicht mehr die zur Prüfung der Vollmacht erforderliche Zeit vor Abschluss des von dem Dritten vorgeschlagenen Rechtsgeschäfts haben wird.

War jedoch die Geschäftsunfähigkeit oder der Zustand des § 105 Abs. 2 zur Zeit der Kundgebung nicht mehr vorhanden, so ist dieselbe vollkommen giltig und begründet Vertretungsmacht; es schadet also nichts, dass die Bevollmächtigung nichtig war.

Wusste jedoch der Dritte oder musste er wissen, dass die kundgegebene Vollmacht nie entstanden war, so kann er sich auf die Kundgebung, wie oben ausgeführt, nicht berufen und es kann dann, wenn ein Ausführungsgeschäft vorgenommen ist, gemäss § 179 Abs. 3 eine Haftung des Vertreters nicht in Frage kommen. Es sind jedoch hier namentlich die oben hervorgehobenen Modifikationen zu beachten. Es ist z. B. die Vollmachtserteilung erfolgt in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit: der Vollmachtgeber gibt die Vollmachtserteilung kund, nachdem dieser Zustand behoben ist. Kennt der Vollmachtgeber seinen früheren Zustand und gibt er dennoch kund, so besteht gar keine Veranlassung, die Vertretungsmacht auf Grund der §§ 171. 172 nicht für vorliegend zu erachten, da ja schutzwürdige Interessen auf Seiten des Vollmachtgebers nicht entgegenstehen, derselbe vielmehr die Ausnützung der Kundgebung in Rechnung gezogen und gebilligt hat. Kennt der Dritte den bei der Vollmachtserteilung unterlaufenen Mangel, so handelt er bei dieser Sachlage keineswegs unredlich, wenn er auf Grund der kundgegebenen Vertretungsmacht sich mit dem Vertreter einlässt, da ja der Machtgeber selbst bewusst irrige Angaben gemacht hat. Zu Gunsten des Dritten muss aber auch angenommen werden, dass seine nicht fahrlässige Annahme des Vorliegens eines solchen Falles den Schutz der §§ 171. 172 gewährt.

Es ist nun aber auch denkbar, dass eine gültige Vollmachtserteilung erfolgt ist, jedoch im Zeitpunkt der Kundgebung Geschäftsunfähigkeit oder ein Zustand des § 105 Abs. 2 vorlag. Hier ist die Kundgebung nichtig, alle an die Kundgebung angeknüpften Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter entfallen so namentlich in Ansehung des Erlöschens der Vollmacht § 171 Abs. 2, § 172 Abs. 2 mit § 173. Sind fernerhin z. B. Beschränkungen der Vollmacht vorhanden, die in der Kundgebung nicht zum Ausdruck gelangten, so kann sich ein Dritter nicht auf die Kundgebung berufen. Es kommt in diesem Falle nur die Haftung des Vertreters gemäss § 179 in Frage.

§ 6.

2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit.

Gemäss § 107 bedarf der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Es fragt sich daher zunächst: Ist die Bevollmächtigung eine Willenserklärung, durch die der Geschäftsbeschränkte lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt? Die Literatur über diese Frage ist kontrovers.

Verneint wird sie von Staudinger a. a. O. I. Band S. 314: Der Geschäftsbeschränkte kann ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht bevollmächtigen. Dagegen führt Dernburg a. a. O. S. 401 aus, dass der Geschäftsbeschränkte bevollmächtigen könne, wenn dies bloss zu seinem rechtlichen Vorteil erfolge, er muss also ein ausserhalb der Vollmacht liegendes Kriterium für massgebend erklären, so vielleicht die Rechtsgeschäfte, zu denen die Vollmacht erteilt ist. In letzterem Sinne spricht sich Hupka a. a. O. S. 127 aus: „Minderjährige etc., die nicht imstande sind, ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters ihre Rechtslage zu verschlechtern, können auch nicht selbständig Vollmacht zu einem Geschäft erteilen, durch welches ihre Rechtssphäre belastet wird.“ Dieser Ansicht sind beigetreten namentlich Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 265, Rosenberg a. a. O. S. 676 Anm. 2, auch wohl Endemann a. a. O. S. 403 Anm. 8.

Es dürfte richtiger sein im Anschluss an Staudinger die Vollmachtserteilung als selbständiges Rechtsgeschäft, durch welches Vertretungsmacht begründet wird, für sich allein hinsichtlich der Frage des § 107 zu prüfen. Man kann hiebei sehr wohl mit Staudinger sagen, die Vollmachtserteilung bringe nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Durch die Bevollmächtigung wird für den Bevollmächtigten die Befugnis begründet, durch seine rechtsgeschäftliche Tätigkeit Wirkungen für den Vertretenen hervorzurufen, man könnte diese Befugnis auch ein subjektives Recht nennen, dasselbe würde sich z. B. dem Leistungsweigerungsrecht, Anfechtungsrecht konform anreihen als die Befugnis, durch Erklärung gewisse Rechtswirkungen hervorzurufen (so vor allem Wach a. a. O. S. 568 Anm. 3). Ein Rechtsgeschäft aber, durch welches für einen Dritten ein subjektives Recht begründet wird, bringt nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Aber auch dann, wenn man wie

die meisten die Annahme eines subjektiven Rechts ablehnt, wird durch die Vollmachtserteilung dem Andern jedenfalls eine rechtliche Macht verliehen, der Andere soll durch seinen Willen Rechtsfolgen für den Vertretenen herbeiführen können. Somit rechtfertigt sich auch hiedurch die Annahme, dass diese Willenserklärung, die nach Kohler eine Selbstentäusserung enthält, eine Eröffnung des eigenen Rechtskreises für das Vertretungshandeln eines Anderen, nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Würde man dieser Ansicht Staudingers beitreten, so wäre die Vollmachtserteilung als einseitiges Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unwirksam § 111. Unter Umständen bedarf die Vollmachtserteilung sogar der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts § 1822 Ziff. 11, die im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung vorliegen muss. Es würde somit im praktischen Resultat das für die Geschäftsunfähigkeit Ausgeführte Anwendung finden können. Interessant ist bei dieser Annahme der Fall, dass die Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an einen Dritten eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben wird. Die Kundgebung muss analog den Rechtsgeschäften behandelt werden und ist daher bei mangelnder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unwirksam, vermag somit keine Vertretungsmacht zu begründen. Hat jedoch der gesetzliche Vertreter zu der Kundgebung seine Einwilligung erteilt, so ist dieselbe vollgültig und bewirkt Vertretungsmacht; es schadet also auch bei Kenntnis des Dritten nichts, dass die Bevollmächtigung selbst mangels Einwilligung unwirksam ist. Der gesetzliche Vertreter wird in solchen Fällen stets die erfolgte Bevollmächtigung implicite genehmigen wollen, was aber gemäss § 111 rechtlich ausgeschlossen ist. Umgekehrt ist es denkbar, das die Einwilligung zur Vollmachtserteilung vorlag, aber nicht zur Kundgebung; hier treten eben die speziellen Schutzwirkungen der Kundgebung nicht ein und es kommt daher nur die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht in Frage.

Immerhin glaube ich, dass der Standpunkt Staudingers eigentlich der wahren Interessenlage des Geschäftsbeschränkten nicht entspricht. Es ist zunächst hervorzuheben, dass bei dem Geschäftsbeschränkten keine teilweise Geschäftsunfähigkeit vorliegt; der Geschäftsbeschränkte ist des Rechtsverkehrs fähig, er ist voll willensfähig, seine Rechtsgeschäfte sind an sich niemals nichtig, vielmehr kann eben das fragliche Geschäft unter Umständen keine Wirkung

äussern (vgl. namentlich Kohler a. a. O. S. 279, Matthiass a. a. O. S. 155, 156). Dass der Geschäftsbeschränkte prinzipiell zu Rechtsgeschäften fähig ist, ergibt sich namentlich aus § 165. nur die Herbeiführung von Wirkungen eines Geschäfts für ihn selbst ist eingeschränkt.

Der Minderjährige stünde nach Staudinger bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch seinen gewillkürten Vertreter schlechter, als wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte. Das würde nicht bloss für solche Ausführungsgeschäfte gelten, die dem Geschäftsbeschränkten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, sondern auch für onerose Ausführungsgeschäfte. Hat der Geschäftsbeschränkte einen lästigen Vertrag geschlossen, so ist derselbe keineswegs nichtig; er vermag eben zunächst für das Vermögen des Geschäftsbeschränkten keine Wirkung zu haben. Diese fehlende Wirksamkeit wird ersetzt durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bezw. gemäss § 108 Abs. 3 durch Genehmigung des unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Minderjährigen usw. oder nach § 110 durch Vertragserfüllung. Hat der Geschäftsbeschränkte dagegen Vollmacht erteilt, so ist nach Staudinger dieses Vollmachtserteilungsgeschäft unwirksam, es müsste also der gesetzliche Vertreter bezw. der unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Minderjährige usw. dieses Vollmachtserteilungsgeschäft genehmigen, was aber gemäss § 111 unmöglich ist.

Nun wird man ja allerdings etwas helfen können, indem man folgendes sagt: Die Vollmachtserteilung ist mangels zulässiger Genehmigung definitiv unwirksam; ist daher ein Ausführungsvertrag seitens des Vertreters im Namen des Geschäftsbeschränkten geschlossen worden, so ist der Vertrag ohne Vertretungsmacht geschlossen und es handelt sich daher jetzt nur um Genehmigung des Vertrages gemäss § 177. Erfolgt die Genehmigung, so ist es so anzusehen, als ob im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts Vertretungsmacht bestanden hätte. Somit käme also der gesetzliche Vertreter in die Lage, eventuell unter Zustimmung des Vormundschaftsgerichts den onerosen Vertrag zur Wirksamkeit zu bringen. Der Gegner könnte gemäss § 178 widerrufen, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Er hat ihn gekannt, wenn er die Minderjährigkeit des Vollmachtgebers kannte — wobei von dem Fall unrichtiger Behauptung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters § 109 Abs. 2 abzusehen — und wusste,

dass ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter nicht Vollmacht erteilen kann. Wie aber wenn ihm die letztere Kenntnis mangelte? Auf Wissenmüssen stellt § 178 nicht ab. Trotzdem wird man auch hier den Widerruf abschneiden müssen, weil bei Kenntnis der Geschäftsbeschränktheit der Gegner das Geschäft als ein auf Konsens des gesetzlichen Vertreters gestelltes ansehen musste. Insofern sind auch die Bestimmungen des § 109 heranzuziehen.[1]) Fernerhin würde die Anwendbarkeit des § 110 entfallen, da der Minderjährige hienach einen von ihm geschlossenen onerosen Vertrag durch Erfüllung von dem aus seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit sich ergebenden Mangel zu befreien vermag, jedoch die erste Voraussetzung des Wirksamwerdens eines solchen von einem Vertreter für ihn geschlossenen Vertrags nämlich Erteilung der Vollmacht oder Genehmigung gemäss § 177 nicht erfüllen kann.

Vielleicht wäre nun aber auch folgende Argumentation möglich. Da der Geschäftsbeschränkte zu allen Rechtsgeschäften fähig ist, alle an sich gültig zu schliessen vermag und nur die Wirkungen derselben zum Teil nicht ohne weiteres für ihn eintreten können, so kann er seine Rechtsgeschäfte auch durch einen gewillkürten Stellvertreter schliessen, daher auch bevollmächtigen, wobei die Wirkungen dieser seitens seiner Bevollmächtigten geschlossenen Geschäfte die gleichen sind wie der von ihm selbstgeschlossenen Geschäfte. Es ist kein Grund dafür vorhanden, den Geschäftsbeschränkten, der sich eines Bevollmächtigten bedient, schlechter zu stellen, als wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte. Das Institut der direkten gewillkürten Stellvertretung ist juristisch ein Vorteil für den Rechtsverkehr und ihn muss auch der Minderjährige lukrieren. Die Vollmachtserteilung gehört im Sinne des § 107 nicht zu den konsensbedürftigen Geschäften, sie bringt als solche zum mindesten keinen rechtlichen Nachteil, sie nimmt dem Geschäftsbeschränkten weder ein Stück seiner Rechtspersönlichkeit, noch belastet sie irgendwie sein Vermögen, sie ist als solche ein neutrales Rechtsgeschäft.

Die Auslegung des § 107, wie sie in der Literatur beliebt wird, unterstützt die hier vertretene Ansicht, wonach die Vollmachtserteilung seitens eines Geschäftsbeschränkten gültig ist.

[1]) In anderer Weise sucht Rosenberg a. a. O. S. 677 gegenüber der definitiven Unwirksamkeit der Vollmachtserteilung speziell zur Prozessvertretung zu helfen.

Kohler a. a. O. S. 279 führt aus: „Die Verfügungsfähigkeit (aktive wie passive) fehlt dem Geschäftsbeschränkten; dieser ist fähig zu Rechtsgeschäften, aber es fehlt ihm die Macht, über sich und sein Vermögen zu verfügen; man spricht hier von subjektiver Verfügungsunfähigkeit im Gegensatz zur objektiven Verfügungsbeschränkung“ (vgl. auch Anm. 1). Die Vollmachtserteilung als solche begründet weder eine Verpflichtung, noch ist sie eine Verfügung, da weder die Vermögensrechte noch die Persönlichkeitsrechte durch sie eine Minderung erfahren. Dernburg a. a. O. S. 402 sagt: „Ob das Geschäft ein lästiges (damit konsensbedürftiges) ist, bestimmt sich nach seiner rechtlichen Natur, nicht nach seinem wirtschaftlichen Ergebnis, also nicht danach, ob das Geschäft für den Minderjährigen überwiegend vorteilhaft ist, sondern ob es Begründung oder Steigerung von Verpflichtungen und Aufgabe von Vermögensrechten mit sich bringt.“ (Also praktisch dasselbe Resultat wie bei Kohler. Siehe auch noch Matthiass a. a. O. S. 156 und Plank a. a. O. I. Band zu § 107 S. 191.)

Diese Ansicht, wonach seitens des Geschäftsbeschränkten gültig Vollmacht zu allen Rechtsgeschäften erteilt werden kann, wobei die Vollmacht nur die Wirkung hat, dass das seitens des Vertreters geschlossene Geschäft als ein von einem Geschäftsbeschränkten geschlossenes behandelt wird, würde an sich ergeben, dass der Geschäftsbeschränkte auch eine Prokura mit dem Erfolge erteilen kann, dass die vom Prokuristen abgeschlossenen Geschäfte als von ihm selbst abgeschlossen gälten. Diesem Resultat würde die Bestimmung des § 1822 Ziff. 11, wonach der Vormund und somit notwendig auch der Geschäftsbeschränkte selbst zur Erteilung einer Prokura der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen, nicht notwendig entgegenstehen. Denn immerhin könnte man interpretieren, aus dieser Bestimmung folge nur, dass eben eine vollgültige Prokura d. h. eine solche, bei der die von dem Prokuristen vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu ihrer Wirksamkeit für den Geschäftsbeschränkten einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bezw. Vormundschaftsgerichts nicht mehr bedürfen, nicht ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zu Stande kommen könne. Allein allerdings dürfte sich aus dem Charakter der Prokura ergeben, dass die Herbeiführung einer solchen aus der Prokuraerteilung des Geschäftsbeschränkten allein resultierenden Unsicherheit ausgeschlossen sein soll. Deshalb wäre bei der vom Geschäfts-

beschränkten allein erteilten Prokura Unwirksamkeit anzunehmen und zwar gemäss dem Prinzip der §§ 111, 1831 definitive Unwirksamkeit.

Es fragt sich endlich noch, ob nicht für den Geschäftsbeschränkten, auch wenn man ihm die Fähigkeit zur Vollmachtserteilung grundsätzlich zuerkennt, in Ansehung der Kundgebung gemäss §§ 171, 172 gewisse Modifikationen zu treffen sind. Hier wird einfach davon auszugehen sein, dass der Geschäftsbeschränkte durch eine Kundgebung seine rechtliche Position, wie sie im bisherigen geschildert, nicht zu beeinträchtigen vermag. Der von ihm Bevollmächtigte wird also auch. wenn die Vollmacht intern widerrufen ist, mit einem gutgläubigen Dritten (§ 173) Geschäfte auf Grund der Kundgebung in der Weise abschliessen können, dass sie als vom Geschäftsbeschränkten selbst abgeschlossen gelten. da ja der Geschäftsbeschränkte Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilen kann, die trotz internen Widerrufs zu Gunsten des gutgläubigen Dritten als fortbestehend fingiert wird (§§ 170. 173). Dagegen können irgendwelche Nachteile wie z. B. Gebundenheit an den Inhalt der Kundgebung oder Haftung aus derselben nicht entstehen (vergl. oben § 4 Ziff. 2—4 S. 43—45).

Es bedarf noch einer Stellungnahme zu der abweichenden Ansicht Hupkas und seiner Anhänger, wonach die Vollmachtserteilung des Geschäftsbeschränkten dann der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf, wenn das auf Grund der Vollmacht vorzunehmende Rechtsgeschäft unter den § 107 fallen würde. Diese Ansicht steht im Gegensatz zu der vom B G B sanktionierten scharfen Trennung des Bevollmächtigungsgeschäfts von demjenigen Rechtsgeschäft, welches kraft der Vollmacht vorgenommen werden soll, und führt zu grossen Schwierigkeiten, wenn die Vollmacht sowohl auf ein vorteilhaftes als auf ein lästiges Rechtsgeschäft gerichtet ist. Ferner wäre es unrichtig, in der Vollmachtserteilung zu einem Verpflichtungsgeschäft eine Art Vorverpflichtung zu finden oder in der Vollmachtserteilung zu einem Verfügungsgeschäft eine Art Vorverfügung oder mittelbare Verfügung, da es infolge Nichtausübung der Vollmacht sehr wohl möglich ist, dass eine Verbindlichkeit nicht entsteht, eine Verfügung nicht erfolgt: eine nicht benutzte Vollmacht bleibt aber noch immer eine Vollmacht (Romeick a. a. O. S. 140). Sodann müsste bei dieser Annahme die Lehre von der abstrakten oder kausalen Natur der Vollmacht eine

ganz andere Bedeutung erhalten, es müssten namentlich bei der Vollmachtserteilung zu einem Verfügungsgeschäfte als einer Vorverfügung die für die Tradition, Cession u. s. w. entwickelten Rechtssätze entsprechend angewendet werden, was aber Hupka mit allen sonstigen Schriftstellern ablehnt (vgl. Vollmacht S. 161 Anm. 1). Sofern das auf Grund der Vollmacht vorzunehmende Rechtsgeschäft unter § 107 fallen würde, wäre stets die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Vollmachtserteilung erforderlich, eine Genehmigung derselben aber gemäss § 111 ausgeschlossen. Hupka wird nun allerdings sagen, dass wenn auf Grund der unwirksamen Vollmachtserteilung ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden sei, nur noch die Genehmigung dieses Rechtsgeschäfts in Frage komme. Bei dieser Genehmigung handelt es sich aber sowohl um nachträglichen Ersatz der fehlenden Vertretungsmacht also der ersten Voraussetzung des Wirksamwerdens des Rechtsgeschäfts für den Geschäftsbeschränkten wie um Ergänzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit und diese beiden Funktionen der Genehmigungserklärung des gesetzlichen Vertreters müssen notwendig unterschieden werden. Dies ergibt sich namentlich aus einem Vergleiche des § 180 mit § 111, wonach die Genehmigung den Vollmachtsmangel bei einseitigen Rechtsgeschäften unter Umständen zu heilen vermag, dagegen nie den Mangel der beschränkten Geschäftsfähigkeit, ferner aus der Verschiedenheit des Widerrufsrechts der §§ 109, 178, endlich aus der öfters erforderten Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, welche nach der hier vertretenen Ansicht (vgl. oben 5 § S. 56 57) zu der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters als Ersatz der fehlenden Vertretungsmacht gar nicht notwendig ist, wohl aber zur Ergänzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit. Unanwendbar wäre nach der Ansicht Hupkas auch der § 110, da die Erfüllung des Vertrages durch den Geschäftsbeschränkten den Mangel der Vertretungsmacht nicht zu beheben vermag. Ferner ist wohl aus § 112 zu folgern, dass das Gesetz die Vollmachtserteilungen als selbständige Geschäfte, die für sich gemäss § 107 beurteilt werden müssen, betrachtet. So ist die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht oder einer Prokura selbst ein Rechtsgeschäft, welches der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, obwohl die von der Prokura gemäss § 49 gedeckten Ausführungsgeschäfte keineswegs alle zu dem Geschäftsbetrieb gehören. Dieses Erfordernis der selbständigen Beurteilung der Bevollmächtigung ohne

Rücksicht auf die durch die Vollmacht gedeckten Ausführungsgeschäfte ergibt sich endlich aus § 1822 Ziff. 11, da die von der Prokura gemäss § 49 gedeckten Ausführungsgeschäfte gemäss den sonstigen Ziffern des § 1822 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen und damit nach Hupka selbstverständlich auch die Prokuraerteilung, sodass die Vorschrift in Ziffer 11 überflüssig wäre.

V. Willensmängel des Vollmachtgebers.

§ 7.

1. Mentalreservation.

Der Vollmachtgeber behält sich bei der Vollmachtserteilung insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen d. h. die Rechtsfolgen nicht zu wollen, die dem Inhalt seiner Erklärung entsprechen (Windscheid-Kipp a. a. O. S. 381). Der Vollmachtgeber will erklären, er hat den Erklärungswillen, er will die Erklärungshandlung, er will aber nicht den Inhalt seiner Erklärung (Matthiass a. a. O. § 52 S. 187). So sagt auch Eltzbacher a. a. O. S. 145: „Bestandteil der Willenserklärung ist der Erklärungswille, der Wille, ein bestimmtes Wollen zum äusseren Ausdruck zu bringen: dieser Wille muss vorliegen, andernfalls ist keine Willenserklärung vorhanden. Gegenstand der Willenserklärung ist der erklärte Wille oder, wie man ihn auch wohl genannt hat, der Geschäftswille; dieser Wille kann fehlen, ohne dass dadurch die Wirksamkeit der Willenserklärung beeinträchtigt würde, eine Willenserklärung ist giltig, auch wenn sich der Erklärende insgeheim vorbehalten hat, das Erklärte nicht zu wollen.“

Diese Mentalreservation ist in doppelter Weise möglich. Der Vollmachtgeber will überhaupt nicht, dass Vollmacht entsteht, es fehlt ihm insgeheim die rechtsgeschäftliche Absicht der Bevollmächtigung völlig, oder aber er will auch teilweise den Inhalt seiner Erklärung, die Bevollmächtigung, aber nicht so, wie sie erklärt ist, z. B. nicht in dem erklärten Umfange. Von grösserer praktischer Bedeutung ist nur der erstere Fall, der noch des näheren zu betrachten ist.

Durch diesen geheimen Vorbehalt wird grundsätzlich die Wirksamkeit der Vollmachtswillenserklärung, so wie sie objektiv erfolgt

ist, nicht berührt. Anders ist es im Falle des § 116 S. 2: Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem Andern gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. Das BGB behandelt also hier die empfangsbedürftigen Erklärungen besonders, sofern der Adressat den Vorbehalt kennt. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift könnte man unter Beachtung des Umstandes, dass die Vollmacht sowohl erteilt werden kann durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden als durch Erklärung gegenüber dem Dritten, zu dem Ergebnis kommen, dass die Kenntnis eines dieser möglichen Erklärungsempfänger zur Herbeiführung der Nichtigkeit des Vollmachtserteilungsgeschäfts genügt: Die Vollmachtswillenserklärung ist abzugeben gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten und dieser d. h. der eine oder der andere kennt den Vorbehalt. Diese Auslegung des § 116 S. 2 erscheint jedoch als verfehlt. Erforderlich ist, dass der konkrete Erklärungsempfänger, derjenige, dem gegenüber im einzelnen Falle die Vollmachtswillenserklärung abgegeben worden ist, den Vorbehalt kennt.

Dafür spricht die Gesetzgebungsgeschichte. Der § 95 des ersten Entwurfs besagt: „Die Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat.“ Die Motive Band I S. 192 sprechen aus: „Die Regel des Satzes 1 greift nicht Platz, wenn der Willenserklärung ein Empfänger § 74 Abs. 1 gegenübersteht und dieser den Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen gekannt hat.“ In Übereinstimmung hiemit befinden sich die Redaktoren-Motive nebst Vorlagen I. Kommission, allgemeiner Teil, Abschnitt II Tit. 2 S. 92: „eine Ausnahme von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts soll eintreten, wenn der Empfänger der Erklärung den Mangel der Wirklichkeit des Willens gekannt hat.“ Hieran wollte durch die Neuredaktion, wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ergeben, sachlich nichts geändert werden, das zeigt auch eine genauere Betrachtung ganz deutlich. Der § 74 des ersten Entwurfs besagt in seinem ersten Absatz: „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung).“ Damit definiert der Entwurf den Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung: es sind solche Willenserklärungen, deren Wirksamkeit davon abhängt, dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden. Die Kommission für die zweite Lesung

fasste den Abs. 1 des § 74 dahingehend: „Eine Willenserklärung, welche einem Andern gegenüber abzugeben ist“ und gibt damit ebenfalls eine Definition der empfangsbedürftigen Willenserklärung.

Der erste Entwurf hat keineswegs verkannt, dass es Willenserklärungen gibt, die gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden, bei denen aber die Wirksamkeit nicht davon abhängt, so § 1472 des ersten Entwurfs § 1598 BGB. Die Anerkennungserklärung kann hier gegenüber dem Kinde erfolgen, es ist aber zu ihrer Wirksamkeit nicht erforderlich. Ebenso gibt es auch im BGB Willenserklärungen, die gegenüber einem Andern abgegeben werden, so z. B. die Erklärung der Erbschaftsannahme gegenüber dem Vermächtnisnehmer, obwohl sie nicht gegenüber einem Andern abzugeben sind.

Wenn somit der § 116 S. 2 von einer Willenserklärung spricht, die einem Andern gegenüber abzugeben ist, so besagt er, dass die Sonderregel nur gilt für empfangsbedürftige Erklärungen. Nicht gilt der § 116 S. 2 für den Fall, dass die Erklärung zwar nicht einem Andern gegenüber abzugeben ist, trotzdem aber in concreto einem Andern gegenüber abgegeben wird. Würde der Satz 2 des § 116 lauten: „Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem Andern gegenüber abgegeben wird und dieser den Vorbehalt kennt“, so ergäbe sich das vom Gesetze nicht gewollte Resultat, dass auch nichtempfangsbedürftige Erklärungen, sofern sie zufällig gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden und dieser den Vorbehalt kennt, nichtig wären. Ganz genau würde der § 116 S. 2 lauten: Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem Andern gegenüber abzugeben ist und daher abgegeben wird und dieser den Vorbehalt kennt (a. A. Hupka, die Vollmacht S. 133, der gerade aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst, der die Kenntnis desjenigen für relevant erklärt, dem gegenüber die Erklärung „abzugeben ist“ (nicht: „abgegeben wird“) deduzieren will, dass die Kenntnis sowohl des Bevollmächtigten wie des Dritten genüge).

Die hier vertretene Ansicht, wonach der konkrete Erklärungsempfänger den Vorbehalt kennen muss, wird nicht nur neben der Gesetzgebungsgeschichte durch eine tiefere Erfassung des § 116, sondern auch durch den § 143 gestützt. Der Abs. 3 des § 143 besagt: „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das einem Andern gegenüber vorzunehmen war, ist der Andere der Anfechtungsgegner.“

Ganz genau würde die Vorschrift lauten: Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das einem Andern gegenüber vorzunehmen war (d. h. empfangsbedürftig war) und daher auch so vorgenommen wurde, ist der Andere der Anfechtungsgegner. Bei alternativ empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften ist somit Anfechtungsgegner derjenige, dem gegenüber im konkreten Falle die Willenserklärung abgegeben worden ist. Eine besondere Art der alternativ empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte sind diejenigen, die gegenüber einem Anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen sind. In diesem Falle wäre nach der hier vertretenen Ansicht die Behörde dann Anfechtungsgegner, wenn das Rechtsgeschäft ihr gegenüber vorgenommen wurde, sonst der Andere. Hier soll, obwohl es eigentlich den Grundprinzipien des Gesetzes widerspricht, der Andere, dem gegenüber das Rechtsgeschäft zwar vorgenommen werden konnte aber nicht vorgenommen wurde, auch dann Anfechtungsgegner sein, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist und daher diese Anfechtungsgegner sein sollte. Der gesetzgeberische Wortlaut ergibt hier klar und deutlich, dass an und für sich der Andere nicht Anfechtungsgegner wäre, vielmehr nur die Behörde.

Hupka müsste nach seiner oben erwähnten Auffassung folgendes sagen: Ist das Rechtsgeschäft gegenüber einem Andern oder gegenüber einer Behörde vorzunehmen, so ist sowohl der Andere wie die Behörde Anfechtungsgegner, gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft im konkreten Falle gegenüber dem Anderen oder gegenüber der Behörde vorgenommen worden ist. Stünde das Gesetz auf diesem prinzipiellen Standpunkt, so müsste der Satz 2 des § 143 Abs. 3 lauten: Das Gleiche gilt (d. h. der Andere ist der Anfechtungsgegner) bei einem Rechtsgeschäfte, das einem Andern oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war. Die Worte: „Auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist“ wären überflüssig (zustimmend neuestens Rosenberg a. a. O. S. 733, 734).

Für die hier vertretene Ansicht spricht ausserdem die Verkehrssicherheit. Die Meinung Hupkas, wonach die Kenntnis des Vorbehalts seitens irgend eines möglichen Erklärungsempfängers die Erklärung nichtig macht, würde in ihrer Durchführung die grösste Verwirrung anrichten. Das BGB kennt viele sog. alternativ empfangsbedürftige Willenserklärungen, die dem Einen oder

Anderen gegenüber abgegeben werden können so §§ 875, 876, 880, 1168, 1180 Abs. 2. Es ist z. B. im Falle des § 875 die Erklärung gegenüber einem dem Erklärenden nachstehenden dinglich Berechtigten abgegeben, soll hier die Kenntnis des geheimen Vorbehalts, die vielleicht der Eigentümer hat oder irgend ein anderer dem Erklärenden nachstehender dinglich Berechtigter, die Nichtigkeit dieser Erklärung herbeiführen? A ist Eigentümer eines Grundstücks, B hat einen Niessbrauch, C eine persönliche Dienstbarkeit am Grundstück, D, E, F, G sind Hypothekare. B erklärt unter geheimem Vorbehalt gegenüber A, dass er sein Niessbrauchsrecht aufgebe. Infolgedessen wird seitens A mit D und E ein niedrigerer Zinsfuss verabredet. Soll hier der Umstand, dass vielleicht G den geheimen Vorbehalt kennt, die Nichtigkeit der Aufgabeerklärung des B herbeiführen und damit völlige Verwirrung in den Verhältnissen zwischen A und D bezw. E hervorgerufen werden? Oder es ist noch ein neuer Hypothekar H hinzugetreten, da durch die Aufgabe des Niessbrauchs das Grundstück höheren Wert bekommen hat. Der H kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn die Löschung des Niessbrauchs im Grundbuch noch nicht erfolgt ist, nach der Ansicht des Reichsgerichts Z. Band 71 S. 202 ff. auch dann nicht, wenn er ohne sich um das Grundbuch zu kümmern, lediglich im Vertrauen auf die Versicherung des A von dem erfolgten Erlöschen des Niessbrauches das Grundstück beliehen hat. Auch hier ist es kein wünschenwertes Ergebnis, dass durch die Kenntnis eines der sonstigen Interessenten die Nichtigkeit der Aufgabeerklärung des B herbeigeführt werden soll.

Es sind daher folgende Unterscheidungen zu treffen:

a) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und kennt dieser den Vorbehalt, so ist die Vollmachtswillenserklärung nichtig. Wird der Vertreter trotzdem tätig und lässt sich der Dritte ohne weiteres mit ihm ein, so kommt jedenfalls die Haftung des Vertreters gemäss § 179 in Frage. Hat der Dritte, dem gegenüber der Vertreter tätig geworden ist, den insgeheimen Vorbehalt ebenfalls gekannt, so musste er mit dem Mangel der Vertretungsmacht rechnen, kann also den Vertreter gemäss § 179 Abs. 3 nicht in Anspruch nehmen. Kennt lediglich der Dritte den geheimen Vorbehalt, so ist die Vollmachtserteilung vollkommen gültig, der Vertreter hat niemals ohne Ver-

tretungsmacht gehandelt. Der Dritte muss sich aber hier sagen, dass die Ausübung der Vollmacht durch den Vertreter nicht dem Willen des Vollmachtgebers entspricht und vermag daher, obwohl es sich auf Seiten des Bevollmächtigten nicht um einen Missbrauch der Vollmacht handelt, aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten vgl. RGZ 15 S. 207, 52 S. 99.

Es ist noch für den Fall, dass die Vollmachtswillenserklärung nichtig ist wegen Kenntnis des Vorbehalts seitens des zu Bevollmächtigenden und wobei der Dritte diesen Vorbehalt nicht kennt, zu fragen, ob nicht unter Umständen auch gegen den Vollmachtgeber vorgegangen werden kann. Nimmt der Machtgeber von vornherein in Aussicht, dritte Personen zu schädigen und gelingt ihm dies auch, weil der zu Bevollmächtigende, ohne dass allerdings § 117 zutreffen würde, den Vorbehalt kennt, so können die Dritten gemäss §§ 826, 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 St G B auch den Vertretenen auf Schadensersatz in Anspruch nehmen d. h. Herstellung des Zustandes verlangen, der bestehen würde, wenn die Vollmacht gültig wäre. Sind insbesondere einseitige Rechtsgeschäfte vorgenommen worden, so muss der Vertretene gemäss § 249 dieselben gegen sich gelten lassen, wie wenn er gültige Vertretungsmacht erteilt hätte.

Ferner ist anzunehmen, dass der Vertreter, der den insgeheimen Vorbehalt kennt, stets mit der Nichtigkeit der Vollmachtserteilung rechnet und somit meistens, wenn er trotzdem als Vertreter tätig geworden ist, die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung auf seiner Seite vorliegen. Bei dieser Sachlage käme die Anwendung des § 831 in Frage, da in der Vollmachtserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, zumal wenn sie sich wie regelmässig mit einem Antrag zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags verbindet, eine Bestellung zu einer Verrichtung erblickt werden kann, wobei keineswegs erforderlich ist, dass die Bestellung ein gültiges Rechtsgeschäft darstellt (vgl. Plank a. a. O. II. Band S. 1007 Ziff. 4). Hienach würde neben dem Vertreter auch der Vertretene als Geschäftsherr verantwortlich sein, da er die Tätigkeit des Vertreters in Rechnung gezogen und durch seinen geheimen Vorbehalt die Schadenszufügung schuldhaft ermöglichte.

Endlich ist noch die Frage zu untersuchen, ob nicht ausser

diesen speziellen Fällen eine allgemeine Inanspruchnahme des Machtgebers bei der oben dargestellten Sachlage zu Gunsten des Dritten sich begründen lässt. Man könnte hiegegen im voraus einwenden, dass in den Fällen der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden der Dritte sich eben auf seine Gefahr auf die in dem Auftreten als Vertreter an sich liegende Behauptung einer Vertretungsmacht verlässt und sich daher nur an den Vertreter halten kann, wenn die Vollmacht überhaupt nicht entstanden oder bereits erloschen ist, während er bei der Vollmachtserteilung durch Erklärung an ihn gemäss § 170 besonders stark geschützt ist (vgl. auch Endemann a. a. O. S. 406 oben und unten Anm. 23). Jedoch erscheint diese prinzipielle Stellung des Gesetzes zu den beiden Arten der Vollmachtserteilung nicht als ausreichender Grund, den Vollmachtgeber, der die Mentalreservation vorgenommen hat, haftungsfrei zu lassen, vielmehr ist unter billiger Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen folgendes zu sagen: Die Vollmacht wirkt nach aussen, sie ist, wie Hellwig, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess Band 29 S. 522 mit Recht hervorhebt, Ermächtigung des Dritten: handle dem Vertreter gegenüber statt mir gegenüber, neben der Ermächtigung des Vertreters: handle mit dem Dritten statt meiner und in meinem Namen, und wenn auch daraus keineswegs zu folgern ist, dass die Vollmacht nur durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt werden kann, so muss doch der Vollmachtgeber, mag er es auch im Einzelfalle nicht billigen, notwendig damit rechnen, dass der Vertreter von der ihm gewordenen Vollmachtserklärung Dritten gegenüber Gebrauch macht und dass sich diese Dritten im Vertrauen auf ihre Gültigkeit mit dem Vertreter einlassen. Der Vollmachtgeber hat somit durch seine Vollmachtserklärung das Tätigwerden des Vertreters und die hiebei erfolgende Behauptung der Vollmacht veranlasst, er hat die Gefahr einer Schädigung des Dritten durch die von ihm gewollte Unwirksamkeit der auch an den Dritten gelangten Vollmachtserklärung begründet und er muss daher auch, wenn er die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung geltend machen will, dem Dritten in Analogie der grundsätzlichen Behandlung der Willensmängel namentlich des § 120 auf das negative Interesse verhaftet werden, da die Differenz zwischen Wille und Erklärung zudem schuldhaft herbeigeführt ist (vgl. namentlich RGZ 28 S. 16 ff.). Diese Haftung auf das negative

Interesse würde allerdings entfallen, wenn der Dritte die Mentalreservation kennen musste.

b) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll und kennt dieser den Vorbehalt, so ist die Vollmachtswillenserklärung nichtig. Eine Haftung des Vertreters gemäss § 179 vermag hier nicht einzutreten, da der Dritte mit dem geheimen Vorbehalt auch den Mangel der Vertretungsmacht kennt. Dagegen ist, wie bereits oben ausgeführt, die Kenntnis des Bevollmächtigten von dem geheimen Vorbehalt auf die Gültigkeit der Vollmachtswillenserklärung ohne Einfluss.

Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten, so kann es nicht als genügend angesehen werden, dass irgend einer dieser beliebigen Erklärungsempfänger den Vorbehalt kennt, es muss vielmehr derjenige den Vorbehalt kennen, von dem oder dem gegenüber Rechtsgeschäfte auf Grund der Vollmachtserteilung vorgenommen worden sind.

c) Sodann ist noch der Fall zu erörtern, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist. Zunächst handelt es sich um die Anwendbarkeit des § 116 auf die Kundgebung der Bevollmächtigung. Es ist oben dargetan, dass die Kundgebung keine Willenserklärung ist, sondern lediglich eine Vorstellungsäusserung, bei der der Rechtsfolgewille fehlt bezw., wenn er vorliegen sollte, keine Bedeutung hat (vgl. auch Rosenberg a. a. O. S. 49). Daher ist es bei der Kundgebung der Bevollmächtigung rechtlich völlig gleichgültig, dass sich der Kundgebende insgeheim vorbehält, das Erklärte d. h. die ihm bekannten Rechtsfolgen der Erklärung nicht zu wollen, da bei dieser Kundgebung ein Wollen des Erklärten d. h. „der Rechtsfolgen der Erklärung“ für den Eintritt ihrer Wirkung völlig belanglos ist. Wenn somit feststeht, dass der § 116 auf die Kundgebung der Bevollmächtigung seinem Wortlaut nach keine Anwendung finden kann, so fragt sich immerhin, ob nicht eine analoge Übertragung möglich ist. Man könnte den § 116 folgendermassen übertragen: Eine Kundgebung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Kundgebende insgeheim vorbehält, nicht kundgeben zu wollen. Die Kundgebung ist nichtig, wenn sie einem Andern gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. Ich glaube jedoch, dass ein solcher Vorbehalt

geradezu widersinnig und daher rechtlich überhaupt nicht möglich ist. Bei einer Willenserklärung haben wir zu unterscheiden den Erklärungswillen, den Willen, ein bestimmtes Wollen zum äusseren Ausdruck zu bringen — dieser Wille muss vorliegen, andernfalls ist keine Willenserklärung vorhanden — und den erklärten Willen oder, wie man ihn auch wohl genannt hat, den Geschäftswillen. Der äussere Tatbestand der Erklärung muss gewollt sein, die Rechtsfolgen der Erklärung brauchen nicht notwendig gewollt zu sein, im Falle des § 116 liegt vor der Erklärungswille, es fehlt jedoch der Erfolgswille. Bei der Kundgebung der Bevollmächtigung haben wir nur einen Willen, den Äusserungswillen. Dieser Äusserungswille liegt aber bei der Kundgebung vor, der Kundgebende will etwas kundgeben und gibt daher kund, daher muss er namentlich auch einen Willen haben und kann somit der Geschäftsunfähige nicht kundgeben. Wenn man aber kundgibt, weil man kundgeben will, so kann man sich doch nicht insgeheim vorbehalten, nicht kundgeben zu wollen. Ein solcher Vorbehalt ist widersinnig, zum mindesten eine überhaupt nicht beachtliche protestatio facto contraria.

Damit ist jedoch die Analogiefrage noch nicht erledigt, vielmehr sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Die Vollmacht ist gültig erteilt und nun erfolgt eine Kundgebung, die der Vollmacht vollkommen entspricht: der Kundgebende denkt sich jedoch dabei, die ihm bekannten spezifischen Wirkungen des § 171 und § 172 sollen nicht eintreten. Dieser Mentalreservation wird allerdings, auch wenn der Dritte sie kennt, jede Bedeutung zu versagen sein. Denn der Vollmachtgeber will ja die Ausübung der Vollmacht und die spezifischen Wirkungen der Kundgebung treten kraft Gesetzes schlechthin auf Grund der Kundgebung ein, gleichgültig ob der Kundgebende sie will oder nicht will.

2. Die Vollmacht ist ungültig erteilt (sei es dass die Ungültigkeit auf eine dem Bevollmächtigten bekannte Mentalreservation zurückzuführen ist oder auf einen andern Grund) oder es hat überhaupt keine Vollmachtserteilung oder eine anders geartete stattgefunden, und nun erfolgt die Kundgebung unter Mentalreservation d. h. mit dem Willen sich auf das Fehlen oder die andere Fassung der Vollmacht trotz der Kundgebung berufen zu wollen (bezw. der Vorstellung dies tun zu dürfen). Dem Empfänger der Kund-

gebung ist das Fehlen der Vollmacht oder die Abweichung der Kundgebung und zugleich die weitere, die Mentalreservation begründende Vorstellung bekannt. Hier ist die Entscheidung, dass der Dritte auf die angebliche Vollmacht nicht vertrauen darf, dass somit die Schutzwirkungen der Kundgebung nicht eintreten, wohl unzweifelhaft. Diese Entscheidung lässt sich einmal gründen auf das in § 4 oben entwickelte Prinzip, dass der Dritte nicht dem ihm bekannten wahren Willen des Vertretenen zuwider handeln darf. Daneben dürfte aber doch auch die Analogie des § 116 S. 2 in Betracht kommen. Denn bei absichtlicher Abweichung der Kundgebung von dem in Wahrheit vorhandenen Zustand liegt eben doch etwas der Willenserklärung Analoges vor.

Ist die Vollmachtserteilung nach dem zu a Ausgeführten nichtig, weil der Vertreter den geheimen Vorbehalt kennt, so begründet nunmehr die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 kraft Gesetzes Vertretungsmacht. Aber auch hier gilt zunächst der allgemeine auf das Vorliegen einer Mentalreservation bei der Kundgebung nicht beschränkte oben näher begründete Rechtssatz, dass, wenn der Dritte die Nichtigkeit des Vollmachtsrechtsgeschäfts kennt oder kennen muss, er sich auf die durch die §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht nicht berufen kann, es sei denn, dass er ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, der Vollmachtgeber habe die Kundgebung gewissermassen unter Zurücknahme des bei der Vollmachtserteilung gemachten geheimen Vorbehalts und unter Billigung ihrer Ausnutzung erlassen. Jedoch wird das blosse Kennenmüssen des Dritten von der Nichtigkeit des Vollmachtsrechtsgeschäfts dann keine Bedeutung haben, wenn der dem Vertreter bekannte geheime Vorbehalt seitens des Vollmachtgebers in Schädigungsabsicht erfolgt ist und daher für den Dritten ohne Rücksicht auf eine Kundgebung der Bevollmächtigung ein Schadensersatzanspruch gegen den Vollmachtgeber begründet ist, kraft dessen die nichtige Vollmacht als gültige zu behandeln ist.

Endlich ist noch folgende Möglichkeit zu beachten: Die Vollmachtserteilung ist trotz Mentalreservation gültig, da der zu Bevollmächtigende den Vorbehalt nicht gekannt hat und es hat der Vollmachtgeber gleichzeitig eine Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten ausgehändigt. Kennt der Dritte den geheimen Vorbehalt, so vermag er, wie oben dargelegt, wenn man zunächst von der Kundgebung der Bevollmächtigung absieht, aus einer Willens-

erklärung des Bevollmächtigten keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten (RGZ 15 S. 207, 52 S. 99). Es wird sich aber der Dritte auch bei einer noch hinzukommenden Kundgebung der erteilten gültigen Vollmacht namentlich im Falle des § 172 vielfach sagen müssen, dass auch die Ausübung der durch die Kundgebung kraft Gesetzes begründeten Vertretungsmacht dem Willen des Vollmachtgebers nicht entspricht, und man wird, obwohl neben der durch gültiges Rechtsgeschäft begründeten Vertretungsmacht noch eine durch die Kundgebung kraft Gesetzes geschaffene Vertretungsmacht selbständig einhergeht, auch die Berufung auf letztere bei dieser Sachlage in analoger Anwendung des für die Vollmacht ausgesprochenen Satzes dem Dritten versagen können. Jedoch wird der Dritte in den meisten Fällen namentlich bei der Kundgebung gemäss § 171 annehmen dürfen, der Vollmachtgeber habe die Kundgebung gewissermassen unter Zurücknahme des bei der Vollmachtserteilung vorgelegenen geheimen Vorbehalts erlassen.

§ 8.

2. Simulation.

Nach der bereits bei der Besprechung der Mentalreservation erfolgten prinzipiellen Stellungnahme ist der § 117 folgendermassen zu interpretieren: Wird eine Willenserklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben d. h. empfangsbedürftig ist und daher einem Andern abgegeben wird, mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

a) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, so ist zur Anwendung des § 117 erforderlich und genügend, dass sie mit dessen Einverständnis nur zum Scheine erteilt ist: Die Vollmachtswillenserklärung ist dann nichtig. Auch hier kommt, wenn der Vertreter tätig geworden ist, seine Haftung in Frage, die jedoch entfällt, wenn der Dritte die Scheinnatur der Vollmachtserteilung kennt oder kennen muss. Vielfach liegt in der Simulation ein Betrug oder doch ein gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten und dann ist für den Dritten, von dem oder dem gegenüber Rechtsgeschäfte auf Grund der simulierten Vollmachtserteilung vorgenommen sind, ein Schadensersatzanspruch gemäss §§ 826, 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 StGB gegenüber den zusammenwirkenden Vollmachtgeber und Vertreter be-

gründet. Hiedurch wird dann die Haftung des Vertreters auf unerlaubte Handlung gegründet, was namentlich deshalb von Bedeutung ist, weil hiebei das Kennenmüssen des Dritten von der Simulation und dem durch dieselbe hervorgerufenen Mangel der Vertretungsmacht nichts schadet (vgl. neuestens J. W. 08 S. 9 No. 10). Sofern jedoch der Dritte die Scheinnatur der Vollmachtserteilung und damit den Mangel der Vertretungsmacht kannte, wird man ihm den Schadensersatzanspruch gegen Vertreter und Vertretenen aus §§ 826, 823 Abs. 2 versagen, da in diesen Fällen, wenn der Dritte sich trotzdem in Rechtsgeschäfte mit dem Scheinbevollmächtigten einlässt, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs vorliegt. Jedenfalls würde auch die Anwendung des § 254 zur Verneinung des Schadensersatzanspruches führen. Der Anspruch des Dritten gegen den Vertreter und namentlich gegen den Vertretenen aus §§ 826, 823 Abs. 2 geht auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis, nämlich die Simulation, nicht eingetreten, mithin die Vollmachtserteilung gültig wäre (vgl. auch RGZ 59 S. 157). Die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruches ist namentlich von Bedeutung, wenn von oder gegenüber dem Scheinbevollmächtigten einseitige Rechtsgeschäfte vorgenommen worden sind, diese wirken gemäss § 249 so, wie wenn gültige Vollmacht vorliegen würde.

Es ist jedoch auch denkbar, dass die Simulation bei der Vollmachtserteilung zunächst keineswegs dazu vorgenommen wird, um Dritte durch die in Aussicht genommene Benützung der Scheinvollmacht zu schädigen, vielmehr können die mit der Simulation verbundenen Zwecke völlig harmlose sein. A gibt dem B gegenüber mit dessen Einverständnisse zum Scheine Vollmacht, um dritten anwesenden Personen gegenüber zu renommieren, er will keine Ausübung der Scheinvollmacht und noch viel weniger eine Schädigung der Dritten. Schliesst aber B trotzdem auf Grund der nichtigen Vollmachtserteilung ein Geschäft ab, so wird er sich regelmässig der hieraus resultierenden Schädigung des Geschäftsgegners bewusst sein und somit vielfach eine unerlaubte Handlung begehen, woraus sich, wie bereits bei der Mentalreservation ausgeführt, eine Haftung des A gemäss § 831 ergeben könnte. Allein es ist weiterhin auch hier wie oben bei der Behandlung der Mentalreservation hervorzuheben, dass der Vollmachtgeber, mag er es im Einzelfalle billigen oder nicht billigen, jedenfalls damit rechnen

muss, dass seitens des Empfängers der simulierten Vollmachtserklärung auf dieselbe Dritten gegenüber Bezug genommen wird, diese somit auch an Dritte gelangt und sie zu schädigenden Dispositionen veranlasst, woraus in Analogie des § 120 und der grundsätzlichen Behandlung der Willensmängel eine Haftung des Vertretenen auf das negative Interesse gegenüber den Dritten resultiert. Die Haftung nach Analogie des § 120 liesse sich hier in den Fällen bezweifeln, in denen keinerlei Anstoss zu dem Handeln Dritten gegenüber gegeben werden sollte und der Vollmachtgeber dies dem Vertreter gegenüber deutlich zum Ausdruck gebracht hat.

Während also Hellwig, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess S. 527 behauptet, dass eine Simulationsabsicht, welche nur dem Vertreter, nicht aber dem Dritten gegenüber bekannt gegeben wurde, unbeachtlich sei, nehmen wir Nichtigkeit der an den Vertreter mit dessen Einverständnisse nur zum Schein erklärten Vollmacht an, schützen aber den Dritten in allen Fällen durch Zuerkennung eines Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Vertretenen. Zu beachten ist endlich noch folgender Fall: Es ist die Vollmacht dem Vertreter erklärt, der Vollmachtgeber hat sich jedoch mit dem als Geschäftgegner in Aussicht genommenen Dritten dahin verständigt, dass diese Vollmachtserteilung nur zum Schein erfolge. Hier ist die Vollmachtserteilung vollkommen gültig, wird der Bevollmächtigte tätig, so handelt er als Vertreter mit Vertretungsmacht. Nur vermag der Dritte nach den oben entwickelten Grundsätzen aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten, und ebensowenig die Wirkung eines Rechtsgeschäfts, das er gegenüber dem Bevollmächtigten vorgenommen hat, gegen den Machtgeber geltend zu machen. Vielfach wird, namentlich wenn die Vollmachtserteilung auf aktive Vertretung gerichtet ist, die Verständigung mit dem Dritten gar nicht eigentlich darauf abzielen, dass die Vollmacht als nichtig betrachtet werden soll, sondern eben darauf, dass ein Ausführungsgeschäft nicht wirken soll, gleichgültig wie es mit der Vollmacht steht. Die Parteien sind sich darüber einig, dass sie das Ausführungsgeschäft nicht wollen und das besagt eigentlich ihre Verständigung, sie würden das Geschäft selbst nicht schliessen und deshalb soll auch das von dem Bevollmächtigten geschlossene Geschäft keine Wirkung haben. Diese Auffassung, wonach die Vollmacht als gültig zu erachten ist, der Ver-

treter also mit Vertretungsmacht handelt, wird unterstützt durch die Erwägung, dass solche Verständigungen der Parteien auch vielfach nach der Erteilung der Vollmacht erfolgen, wobei ihnen jedenfalls auf die bereits erfolgte Vollmachtserteilung ein Einfluss nicht zugestanden werden kann. A hat dem B, um ihm zu imponieren, Vollmacht zum Abschlusse eines umfassenden Kaufvertrags mit C erteilt und begibt sich nunmehr zu C, mit dem er sich dahin verständigt, dass natürlich die ganze Sache nichts gelten soll. A will eben hier kein für ihn wirksames Ausführungsgeschäft, dagegen ist er mit dem Abschluss des Geschäftes an sich sehr wohl einverstanden, da dann B erst recht an seinen grossen Umsatz glauben wird (zustimmend wohl neuestens Rosenberg a. a. O. S. 750 ff.).

Wir wenden uns noch zu den Ausführungen Hupkas in seinem Buche „die Vollmacht" S. 129 ff. Nach seiner Ansicht ist der Gegner im Hauptgeschäft in Bezug auf die Bevollmächtigung kein „Dritter" im technischen Sinne des Worts, auch dort nicht, wo die Vollmachtserklärung dem Bevollmächtigten gegenüber abgegeben wird und dies aus dem Grunde, weil der Geschäftsgegner an dem Bestande der Vollmacht unmittelbar interessiert sei, da ja ihre endliche praktische Wirkung in seiner Person eintreten solle. Diese Deduktion Hupkas, wonach eine Person in Ansehung eines Rechtsgeschäfts dann nicht Dritter ist, wenn sie an dem Bestande desselben unmittelbar interessiert ist, erscheint als irrig, da sie viel zu weit führen würde. Nicht nur bei sog. alternativ empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften sind meistens alle möglichen Empfänger, deren Zahl sehr gross sein kann, interessiert, sondern auch bei sonstigen Rechtsgeschäften sind vielfach solche Personen die wahren Interessenten, denen gegenüber das Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorgenommen werden kann. So liegt es im folgenden Falle: ein Grundstück ist mit Hypotheken derart überlastet, dass die letzten Hypothekare überhaupt nicht mehr gedeckt sind. Nunmehr verzichtet ein Hypothekar gemäss § 1168 auf die Hypothek, was aber auf Grund einer Vereinbarung gemäss § 1179 lediglich den Hypothekaren zu gute kommt. Der Eigentümer ist an dem Verzichte gar nicht interessiert, da die Überlastung mit Hypotheken trotzdem weiterbesteht und nur einige bis jetzt überhaupt nicht gedeckte Hypothekare eine gewisse Deckung durch das Grundstück erlangt haben. Oder auch bei einer Schenkung unter Auflage kann vielfach der eigentliche Interessent derjenige sein, zu dessen Gunsten die Auf-

lage beigefügt ist. Was auf der anderen Seite den Vertreter anlangt, so übersieht Hupka und mit ihm auch Rosenberg a. a. O. S. 752 völlig, dass dieser jedenfalls an sich gemäss § 179 stets ein grosses materielles Interesse an dem Bestande der Vollmacht hat, das nur dann entfällt, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste und sich aus der im § 179 vorgenommenen Beweislastverteilung keine Gefahren für den Vertreter ergeben.

Auf Grund dieser Darlegungen unterscheidet Hupka drei verschiedene Fälle, von denen der folgende hier näher interessiert: Der Verkäufer einer Bildersammlung ersucht den X, bei der demnächst abzuhaltenden Versteigerung als Strohmann mitzubieten, um die Preise in die Höhe zu treiben. X sagt zu und entsendet, da er selbst am Erscheinen verhindert ist, einen Vertreter, ohne ihn mit der wahren Sachlage bekannt zu machen. Dieser bietet namens des X, wird hinsichtlich einzelner Objekte nicht überboten, und dieselben werden ihm, um den Schein gegenüber den anwesenden Mietbietern zu wahren, für den X zugeschlagen. Hier sind nach Hupka Vollmacht und Kauf nichtig, denn der Verkäufer weiss, dass der Prinzipal in Wahrheit nicht kaufen will und der Bevollmächtigte hat kein selbständiges Interesse am Bestand des Geschäfts. Anders entscheidet Hupka im folgenden Fall: A ermächtigt den B, um dessen häufigen Bettelbriefen ein Ende zu machen, eine ihm (dem A) gegen C zustehende Forderung einzuziehen. Unter einem schreibt er aber dem C: die dem B erteilte Ermächtigung sei nicht ernst gemeint, C solle daher die Zahlung verweigern. Hier ist nach Hupka trotz dieser Erklärung die dem B erteilte Vollmacht gültig, derselbe also legitimiert, die Forderung namens des A gegen C einzuklagen. Es wäre wider Treu und Glauben, wenn ihm der doloserweise verschwiegene Wille des Prinzipals entgegengehalten werden könnte.

Es erhellt ohne weiteres, dass diese verschiedene Entscheidung der angeführten Beispiele im Gesetze nirgends eine Stütze findet und daher als unhaltbar erscheint. Nach der hier vertretenen Ansicht ist im ersteren Falle die dem Vertreter erklärte Vollmacht vollkommen gültig und das entspricht auch dem Willen der Parteien, da der Vertreter jedenfalls im fremden Namen tätig werden soll und etwaige trotz der Vereinbarung eintretende Wirkungen des Geschäfts ihn nicht berühren sollen. Die Parteien haben sich

eben darüber geeinigt, dass die Wirkungen des Kaufgeschäfts in ihrem Verhältnis zueinander nicht eintreten sollen. Unter Umständen kann eine solche Vereinbarung die Nichtigkeit des Kaufvertrags herbeiführen, nämlich dann, wenn der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat. Der Verkäufer der Bildersammlung behält sich trotz Erteilung des Zuschlags an den Vertreter des X insgeheim vor, an X nicht verkaufen zu wollen und dieser geheime Vorbehalt ist dem X bekannt, woraus gemäss § 116 Satz 2 in Verbindung mit § 166 Abs. 2 sich die Nichtigkeit des Kaufvertrags ergibt (vgl. Plank a. a. O. I. Band S. 290). Zu dem zweiten Beispiel ist zu bemerken, dass die Mitteilung an C, soweit sie erst nach der Vollmachtserteilung erfolgt, für die Gültigkeit der Vollmachtserteilung keine Bedeutung haben kann, vielmehr nur als ein Widerruf der Vollmacht erscheint, dessen Zulässigkeit auch unter Beachtung des § 518 zu prüfen wäre. Es ist ferner unrichtig, wenn Hupka meint, dass seine auch von uns gebilligte Ansicht, wonach die Mitteilung der Simulationsabsicht an den Dritten die Gültigkeit der an den Vertreter erklärten Vollmacht nicht berührt, dem Bevollmächtigten eine Art Gläubigerstellung einräume. Nimmt man auch Unwiderruflichkeit der Vollmacht an, so kann jedenfalls der C die Zahlung verweigern, ohne in Verzug zu kommen und sich jederzeit durch Leistung an A befreien, da er nicht verpflichtet ist, an den Vertreter zu zahlen. Zudem ist eine Prozessvollmacht mit der Inkassovollmacht nicht notwendig verbunden.

b) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll und war dieser im Einverständnis über die Scheinnatur des Rechtsgeschäfts, so ist die Vollmachtswillenserklärung nichtig. Eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht kann bei dieser Sachlage nicht in Frage kommen, da ja der Dritte selbst mit der Nichtigkeit der Vollmachtserteilung einverstanden war. Vielmehr ist es möglich, dass der Machtgeber wie der Dritte gemäss § 826 dem Scheinbevollmächtigten gegenüber schadensersatzpflichtig werden, soweit dieser im Vertrauen auf seine Vollmacht bei Geschäftsunterhandlungen Zeit und Geld aufgewendet hat. Soweit lediglich der Machtgeber und der Vertreter übereingekommen sind, dass die Vollmachtserteilung nur zum Scheine erfolgen soll, wird die Gültigkeit der Vollmacht nicht berührt, es wird jedoch vielfach, nament-

lich wenn die Vollmachtserteilung auf aktive Vertretung gerichtet ist, in dieser Vereinbarung eine Weisung des Machtgebers liegen, die Vollmacht nicht auszuüben, deren Verletzung im internen Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem Schadensersatzansprüche auszulösen vermag.

Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten, so reicht es nicht aus, dass irgend einer der beliebigen Erklärungsempfänger von vornherein damit einverstanden ist, dass die Erteilung der Vollmacht nur zum Scheine erfolgte, vielmehr muss dieses Einverständnis gerade bei demjenigen vorliegen, von dem oder dem gegenüber Rechtsgeschäfte auf Grund der Vollmachtserteilung vorgenommen worden sind.

c) Sodann ist noch der Fall zu erörtern, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist. Zunächst ist hervorzuheben, dass der § 117 auf die Kundgebung analog angewendet werden kann; die Parteien können sich darüber verständigen, dass die Kundgebung nur zum Scheine erfolge, somit nur Form sei, auf die der Empfänger keinen Wert legen soll. Soweit dies zutrifft, ist die Kundgebung nichtig und begründet keine Vertretungsmacht, wobei für die öffentliche Bekanntmachung zu beachten ist, dass derjenige mit der Scheinnatur der Kundgebung einverstanden sein muss, dem gegenüber oder von dem auf Grund der Kundgebung ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist. Diese Vereinbarung über die Scheinnatur der Kundgebung wird namentlich dann praktisch werden, wenn die an den Vertreter erfolgte Vollmachtserteilung gültig ist z. B. A hat dem B, um ihm zu imponieren, Vollmacht zum Abschlusse eines Kaufvertrags mit C erteilt und ihm hierüber eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, dann ist er zu C gegangen und hat sich mit ihm verständigt, der sich selbst über diese Täuschung des B freut. Hier ist die besondere Mitteilung gemäss § 117 nichtig, da C weiss, dass diese durch Vorlegung der Vollmachtsurkunde erfolgende Anzeige nur Humbug ist, und vermag daher keine Vertretungsmacht zu begründen. Dass trotz gültiger Vollmachtserteilung an B der C keine Rechte gegen den Machtgeber aus der Tätigkeit des B herleiten kann, ist bereits oben ausgeführt (a. A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 712: zustimmend Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 266).

Soweit die Voraussetzungen des § 117 auf die Kundgebung im einzelnen Falle nicht zutreffen, gilt folgendes:

Ist die Vollmachtserteilung nach dem zu a Ausgeführten infolge des Einverständnisses des Vertreters gemäss § 117 nichtig, so begründet die hinzutretende Kundgebung gemäss §§ 171, 172 kraft Gesetzes Vertretungsmacht. Auch hier gilt der schon wiederholt aufgestellte Rechtssatz, dass, wenn der Dritte die Nichtigkeit des Vollmachtsrechtsgeschäfts kennt oder kennen muss, er sich auf die durch die §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht nicht berufen kann, es sei denn, dass er ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, der Vollmachtgeber habe die Kundgebung gewissermassen zur Beseitigung der Scheinnatur des Vollmachtserteilungsgeschäfts und damit unter Billigung ihrer Ausnutzung erlassen. Ist jedoch für den Dritten infolge der Simulation ein Schadensersatzanspruch gegen den Vollmachtgeber begründet und zwar ein solcher aus unerlaubter Handlung, so ist das Kennenmüssen des Dritten von der Nichtigkeit der Vollmacht unwesentlich, da er ohne Rücksicht auf eine Kundgebung Herstellung des Zustandes verlangen kann, der bestehen würde, wenn die Vollmachtserteilung nicht zum Schein erfolgt wäre (vielfach zustimmend Staudinger a. a. O. S. 483, Kohler a. a. O. S. 441, Windscheid-Kipp a. a. O. I. Band § 75 S. 383).

§ 9.

3. Scherz.

a) Ist die Vollmacht an den Vertreter erklärt und die Vollmachtswillenserklärung gemäss § 118 nichtig, so haftet der Vertreter, soweit er den Mangel der Ernstlichkeit erkannt hat und trotzdem auf Grund der ihm gewordenen Vollmachtserklärung ein Ausführungsgeschäft geschlossen hat, dem Geschäftsgegner gemäss § 179 Abs. 1, wenn nicht dieser selbst die mangelnde Ernstlichkeit und damit das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste, während der Vertreter sich gemäss § 122 Abs. 2 bei dem Vollmachtgeber nicht zu erholen vermag. Unter Umständen kann das Tätigwerden des Vertreters bei dieser Sachlage die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllen und nach dem bei der Mentalreservation und Simulation Ausgeführten die Haftung des Vollmachtgebers gegenüber dem Dritten gemäss § 831

begründen. Allein auch hier lässt sich vielleicht noch weiter sagen, dass der Vollmachtgeber mit diesem Tätigwerden des Vertreters rechnen muss und dass eben der Vertreter durch sein Auftreten als solcher die ihm gewordene Vollmachtserklärung dem Dritten als möglichem Erklärungsempfänger tatsächlich ausrichtet, wodurch in analoger Anwendung des § 122 für den Dritten ein Schadensersatzanspruch auch gegen den Vollmachtgeber begründet ist. Hat der Vertreter den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkannt, so haftet er nur gemäss § 179 Abs. 2 und kann sich, sofern nicht seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, bei dem Vollmachtgeber gemäss § 122 erholen. Sollte man der oben versuchten Begründung eines direkten Schadensersatzanspruches des Dritten gegen den Vollmachtgeber nicht beizutreten vermögen, so liesse sich immerhin sagen, dass der Dritte in analoger Anwendung des § 281 Abtretung des dem Vertreter gegen den Vollmachtgeber aus § 122 zustehenden Anspruches verlangen kann, was namentlich für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Vertreters von Bedeutung wäre.

b) Ist die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, erfolgt und das Vollmachtsrechtsgeschäft gemäss § 118 nichtig, so sind für den Dritten verschiedene Rechte gegeben.

1. Recht auf Ersatz des negativen Interesses gegen den Vollmachtgeber gemäss § 122, sofern der Dritte nicht den Mangel der Ernstlichkeit kannte oder kennen musste. Es ist jedoch zu beachten, dass ein solcher Anspruch für den Dritten begründet sein kann, obwohl es zum Abschluss eines Ausführungsgeschäfts nicht gekommen ist. Der in Aussicht genommene Geschäftsgegner ist zu dem Vertreter behufs Abschlusses eines Ausführungsgeschäfts gereist, wobei sich jedoch herausstellte, dass die Vollmachtserteilung nur im Scherz erfolgte und daher der Geschäftsabschluss unterblieb; er hat nunmehr unnötigerweise Kosten aufgewendet oder wegen des in Aussicht genommenen Geschäfts ein anderweitiges günstiges Angebot abgelehnt: hiefür muss der Vollmachtgeber einstehen.

2. Unter der Voraussetzung, das ein Ausführungsgeschäft auf Grund der Vollmachtserteilung stattgefunden hat, Rechte auf Schadensersatz gegen den Vertreter.

a) Recht auf Ersatz des positiven Interesses bezw. Erfüllungsanspruch, sofern der Vertreter den Mangel der Ernstlichkeit und

damit den Mangel der Vertretungsmacht kannte und der Dritte denselben weder kannte noch kennen musste § 179.

β) Recht auf Ersatz des negativen Interesses gemäss § 826, wenn der Vertreter in Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht ein Ausführungsgeschäft geschlossen hat, um dem Geschäftsgegner Schaden zuzufügen z. B. eben dadurch, dass letzterer günstige Angebote ausschlug. Damit wird die Haftung des Vertreters auf unerlaubte Handlung gegründet, was deshalb von Bedeutung ist, weil hier das blosse Kennenmüssen des Dritten von dem Mangel der Vertretungsmacht als unbeachtlich erscheint (vergleiche übrigens auch § 179 Abs. 3 Satz 2 mit §§ 826, 827, 828, 829).

γ) Recht auf Ersatz des negativen Interesses gemäss § 179, dafern der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte und auch der Dritte ihn weder kannte noch kennen musste. Gerade in diesem Falle kann sich ein Ausschluss oder doch eine gewisse Milderung der Haftung des Vertreters ergeben. Bezüglich des Ausschlusses der Haftung kann auf die früheren Ausführungen oben S. 28, 57—59 über die Anwendbarkeit der Lenel-Hellwigschen Theorie für diese Frage verwiesen werden. Soweit nicht ein Ausschluss der Haftung des Vertreters sich begründen lässt, ist zu sagen: Hätte der Vertreter, falls die Vollmachtserteilung durch Erklärung ihm gegenüber stattgefunden hätte, gegen den Vollmachtgeber gemäss § 122 Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, so kann er, falls er seitens des Dritten in Anspruch genommen wird, von diesem Abtretung der diesem gemäss § 122 gegen den Vollmachtgeber zustehenden Schadensersatzansprüche verlangen und sich demgemäss für seine Inanspruchnahme bei dem letzeren erholen, wenn man nicht annehmen will, dass auch hier der Vollmachtgeber damit rechnen muss, dass seitens des Dritten die ihm gewordene Vollmachtserklärung an den Vertreter als einen möglichen Erklärungsempfänger ausgerichtet wird, und somit unter Umständen der Vertreter direkt in Analogie des § 122 gegen den Vollmachtgeber regredieren kann.

Für den Fall, dass die Vollmachtserteilung erfolgte durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten, kann dem Vertreter unter Umständen mittels folgender Konstruktion geholfen werden. Es ist bereits oben ausgeführt, dass in diesen Fällen der Vollmachtserteilung vielfach dem Willen des Machtgebers entsprechend auch eine Vollmachtserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden

anzunehmen ist, sodass der Vertreter, wenn er seitens eines Geschäftsgegners in Anspruch genommen wird, und den Mangel seiner Vertretungsmacht bezw. der Ernstlichkeit der Vollmachtserteilung weder kannte noch kennen musste, sich direkt gemäss § 122 bei seinem Machtgeber erholen kann.

c) Zu besprechen ist noch der Fall, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist. Zunächst ist zu bemerken, dass der § 118 auf die Kundgebung analog angewendet werden kann (a. A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 712). Auch der Kundgebende, der den Äusserungswillen hat, kann sehr wohl die Erwartung hegen, der andere werde bemerken, dass die ganze Kundgebung ein Scherz sei. Solche tatsächliche Erklärungen, bei denen ein Rechtsfolgewillen nicht in Frage kommt, können im Scherz erfolgen und in der Erwartung, der andere werde dies erkennen. Nehmen wir folgendes Beispiel: A trifft mit einigen Bekannten zusammen, wobei sie sich über den B lustig machen, der sich bei einem Geschäfte besonders schlau benommen hat. Am Schlusse der Unterhaltung sagt A im Scherze: Damit Ihr es nur gleich wisset, will ich Euch mitteilen, dass ich dem B deshalb auch Generalvollmacht während meiner Abwesenheit erteilt habe. Alle halten das für einen guten Witz; nur einer, der nicht richtig zugehört hat, glaubt wirklich, der B sei Generalbevollmächtigter. Der A will kundgeben, er denkt aber, die andern werden schon merken, dass das, was ich kundgebe, nicht wahr ist, vielmehr alles einen Scherz darstellen soll.

Kaum praktisch wird der Fall werden, dass die Vollmachtserteilung durch Erklärung an den Vertreter gemäss § 118 nichtig ist, dagegen die Kundgabe ernstlich gemeint und somit gewissermassen eine Zurücknahme des bei der Vollmachtserteilung erfolgten Scherzes enthält. Hier würde dann die Kundgebung Vertretungsmacht begründen ohne Rücksicht darauf, dass der Dritte die Nichtigkeit des Vollmachtserteilungsgeschäfts kennt oder kennen muss.

Gewöhnlich wird sowohl die Bevollmächtigung durch Erklärung an den Vertreter als auch die Kundgebung derselben gemäss § 118 nichtig sein. Die Folgen der Nichtigkeit der Bevollmächtigung sind oben dargestellt; hier ist noch hervorzuheben, dass wie der § 118 so auch der § 122 auf die Kundgebung entsprechend anzuwenden sind. Es kann somit derjenige, dem die besondere Mit-

teilung gemäss § 171 geworden eventuell gemäss § 172 durch Vorlegung einer Vollmachtsurkunde, im Falle der öffentlichen Bekanntmachung jeder Dritte Ersatz des negativen Interesses von dem Kundgebenden verlangen. Dieser Ersatzanspruch gegen den Kundgebenden ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil er, wie bei der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, begründet sein kann, ehe ein Ausführungsgeschäft auf Grund der Vollmachtserteilung erfolgt und daher eine Haftung des Vertreters gemäss § 179 bezw. nach der hier vertretenen Ansicht eine Haftung des Vollmachtgebers aus analoger Anwendung des § 122 auf den Fall der Vollmachtsbehauptung des Vertreters in Frage kommen kann. Hat der Vertreter den Mangel der Ernstlichkeit nicht gekannt und ihn auch nicht kennen müssen, und wird er gemäss § 179 Abs. 2 von dem Geschäftsgegner in Anspruch genommen, so hat er auf Grund der an ihn erfolgten Vollmachtserteilung kraft eigenen Rechts gemäss § 122 den Regress gegen den Vollmachtgeber, sodass es keiner Abtretung der dem Geschäftsgegner auf Grund der Kundgebung gemäss § 122 zustehenden Ersatzansprüche bedarf.

Endlich ist möglich, dass nur eine Kundgebung ohne entsprechende Vollmachtserklärung gemäss §§ 171, 172 im Scherze erfolgt und somit nach § 118 nichtig ist. Auch hier haftet der Kundgebende auf Ersatz des negativen Interesses gemäss § 122.

§ 10.

4. Irrtum.

Über die Frage der Anfechtbarkeit der Vollmacht wegen eines bei ihrer Erteilung unterlaufenen Irrtums sind in der Literatur die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Auf diese einzelnen Ansichten soll hier nicht näher eingegangen werden, es mag vielmehr genügen in den folgenden Ausführungen darzutun, dass man auch von dem hier vertretenen Standpunkt der herrschenden Ansicht aus zu haltbaren Resultaten gelangen kann.

Zunächst lässt sich in Übereinstimmung mit den meisten Autoren sagen, dass in den Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft auf Grund der Vollmacht noch nicht vorgenommen worden ist, eine Anfechtung der Bevollmächtigung nicht in Frage kommt, soweit der Vollmachtgeber frei widerrufen kann. Es bleiben hier

die Anfechtungsgrundsätze völlig ausser Betracht, auch wenn der Vollmachtgeber von Anfechtung spricht, sind doch die Grundsätze des Widerrufs anzuwenden, dieselben erscheinen als leges speciales (so neuestens auch Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 275 und Rosenberg a. a. O. S. 717 Anm. 1). Der Widerruf ist eine einseitige Willenserklärung, er kann erfolgen entweder durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll; in diesen beiden Fällen ist die Erklärung eine empfangsbedürftige § 168 mit § 167 Abs. 1.

In diesen Fällen der noch nicht benützten Vollmacht wird somit die Anfechtung des Vollmachtserteilungsgeschäfts nur dann praktisch, wenn die Vollmacht unwiderruflich ist. Hier hat nun Hellwig in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess 29. Band S. 528 oben der Meinung Ausdruck gegeben, dass eine Anfechtung der Bevollmächtigung auch bei dieser Sachlage nicht in Frage komme, es sich vielmehr um die Anfechtung des der Vollmacht zu Grunde liegenden, ihre Unwiderruflichkeit ergebenden Rechtsgeschäfts handle. Diesen Ausführungen Hellwigs kann nicht beigetreten werden. Das Bevollmächtigungsgeschäft ist, auch wenn man es als kausales Rechtsgeschäft betrachtet, zunächst scharf zu scheiden von dem Rechtsgeschäft, welches das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis geschaffen hat, da es sehr leicht möglich ist, dass ein Willensmangel lediglich die Vollmachtserteilung betrifft und für das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gar keine Bedeutung gehabt hat. A hat dem B schenkweise 1000 Mark versprochen: zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit also in rem suam erteilt er dem B Vollmacht zur Eintreibung einer Forderung gegen X, während er die Forderung gegen Y meint. Auch im folgenden Beispiel trifft der Willensmangel lediglich die Vollmachtserteilung: A erteilt dem B, um seine Verbindlichkeit ihm gegenüber zu erfüllen, Vollmacht zum Verkaufe eines Gegenstandes und Einziehung des zwei Monate nach Lieferung zahlbaren Kaufpreises. Ist der Käufer, wie sich nachher herausstellt und zwar B, aber nicht A gewusst hat, kreditunwürdig, so ist dieser Irrtum des A nur für die Vollmachtserteilung von Bedeutung, nicht für das zwischen A und B bestehende Rechtsverhältnis. Im einzelnen legt Hellwig noch folgendes dar: „Ist einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage (§§ 714, 715) die Vertretungsbefugnis eingeräumt, so ist ihm

damit ein Recht der Geschäftsführung gegeben, welches ihm nur im Wege des § 712 oder durch Anfechtung des Gesellschaftsvertrags entzogen werden kann. Die Anfechtung richtet sich gegen diesen Einräumungsvertrag, nur indirekt gegen die Bevollmächtigung.“ Hiegegen ist zu bemerken, dass das Gesetz die Vertretungsbefugnis und das Recht zur Geschäftsführung streng auseinanderhält. In § 714 ist von der Befugnis zur Geschäftsführung die Rede und gesagt, dass der zur Geschäftsführung befugte im Zweifel auch ermächtigt sei, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten. Der § 715 sieht ausdrücklich vor, dass ein Gesellschafter zur Vertretung der anderen Gesellschafter ermächtigt sein kann, ohne dass ihm die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht. Die Ermächtigung zur Vertretung ist ein an sich selbständiges, einseitiges Rechtsgeschäft, das eben hier vielfach in gewissem Zusammenhang mit den vertraglichen Vereinbarungen steht, aber selbständig angefochten werden kann. Die Worte „im Gesellschaftsvertrag“ besagen nur, dass im Zusammenhang mit dem Vertrage auch eine Vollmachtserteilung erfolgt sei; es könnte z. B. gerade so gut heissen: „Hat im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter auf ein Recht an einem Grundstück verzichtet, oder ist im Gesellschaftsvertrag eine Auflassung erfolgt“ — auch hiemit wäre nur gesagt, dass im Zusammenhang mit obligatorischen Vereinbarungen ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft bezw. ein dinglicher Vertrag vorgenommen worden sind, die jedoch selbständig angefochten werden können. Das Erfordernis einer selbständigen Anfechtbarkeit ergibt sich auch daraus, dass die Vollmachtserteilung allein von Willensmängeln betroffen sein kann, die für den Gesellschaftsvertrag keine Bedeutung gehabt haben. A und B haben einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, B ist mit der Geschäftsführung betraut worden, er hat auch Vollmacht erhalten. Die Vollmachtserteilung ist zufolge Verirrung zu weit ausgefallen, sie soll eben angefochten werden, mit der Geschäftsführung des B ist A nach wie vor vollständig einverstanden.

Die eigentliche für die Irrtumslehre bei der Vollmacht grundlegende Streitfrage geht dahin, ob nach abgeschlossenem Ausführungsgeschäft überhaupt noch eine Anfechtung der Vollmacht in Frage kommen kann. Hierüber schreibt zunächst Hölder a. a. O. S. 361: „Wegen eines Mangels im Willen oder Bewusstsein des Vollmachtgebers ist aber nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar

die Vollmachtserteilung und ihre Anfechtung schliesst, wenn von der Vollmacht schon Gebrauch gemacht ist, die Anfechtung des kraft der Vollmacht vollzogenen Rechtsgeschäfts in sich. Ist von der Vollmacht noch nicht Gebrauch gemacht, so hat die Möglichkeit der Anfechtung wegen Willenmangels in der Regel keine selbständige Bedeutung wegen der Möglichkeit beliebigen Widerrufs der Vollmacht, und für die Frage, an wen die Anfechtung zu erklären ist, gilt dasselbe wie für jeden Widerruf derselben. Ist dagegen das Rechtsgeschäft vollzogen, so ist Anfechtung der Vollmacht, kraft deren es vollzogen wurde, nichts anderes, als Anfechtung des Rechtsgeschäfts, die an die andere Geschäftspartei zu erklären ist.“ Diese Ausführungen lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob Hölder in der Tat nach abgeschlossenem Ausführungsgeschäft nur noch eine Anfechtung dieses Geschäfts und nicht mehr eine solche der Vollmacht zulassen will, vielmehr scheinen seine Darlegungen nur dahin zu gehen, dass nach abgeschlossenem Ausführungsgeschäft die Anfechtung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner zu erfolgen habe. Dagegen hat Rosenberg a. a. O. S. 736 ff. unzweideutig den Grundsatz aufgestellt, dass nach abgeschlossenem Ausführungsgeschäft die Anfechtung der Vollmacht nicht mehr in Frage kommen könne, vielmehr handle es sich dann nur noch um Anfechtung des Vertretergeschäfts und es könnten daher Willensmängel des Vertretenen bei der Erteilung der Vollmacht nur noch insoweit berücksichtigt werden, als gerade dieses konkrete Ausführungsgeschäft von ihnen betroffen wird.

Gegen diese Ausführungen Hölders wie Rosenbergs ist folgendes zu bemerken: Nach der vom BGB sanktionierten Regelung ist eben das Bevollmächtigungsgeschäft scharf zu scheiden von demjenigen Rechtsgeschäft, welches kraft der Vollmacht vorgenommen worden ist; für die Frage der Willensmängel bei letzterem entscheidet die Person des Vertreters § 166 und es ist daher die Anfechtung des Ausführungsgeschäfts sowohl nach Voraussetzung als Wirkung völlig verschieden von der Anfechtung des Vollmachtserteilungsgeschäfts. Es kann eben nach dem positiven Recht des BGB die Vollmachtserteilung anfechtbar sein wegen Willensmangels des Vollmachtgebers, während das Ausführungsgeschäft, da hier die Person des Vertreters entscheidet, mängelfrei und daher unanfechtbar ist, ebenso umgekehrt. Es vermag daher die Anfech-

tung der Vollmachtserteilung keineswegs, wie Hölder meint, die Anfechtung des Ausführungsgeschäfts in sich zu schliessen, es ist beides vielmehr streng gesondert zu beurteilen und die Anfechtung hat daher auch gesondert zu erfolgen.

Auch Rosenberg verkennt a. a. O. S. 740 keineswegs, dass seine Ansicht in einem nicht zu beseitigenden Widerspruch zu dem positiven Recht des BGB steht, glaubt aber, dass dieser Widerspruch deshalb unbeachtlich sei, weil seine Lehre allein den unzweckmässigen und unmöglichen Entscheidungen, die sich als Folge der auf dem positiven Recht des BGB fussenden Theorie ergeben, zu entgehen vermöge. Es fragt sich daher, ob in der Tat die unzweckmässigen und unmöglichen Entscheidungen, die Rosenberg in seiner Kritik der dem positiven Recht des BGB folgenden Theorie aufführt, sich nicht trotz prinzipieller Festhaltung an dieser Theorie vermeiden lassen. Eine eingehende Besprechung dieser kritischen Darlegungen Rosenbergs a. a. O. S. 714 ff. würde zu weit führen, jedoch mag, insofern nicht die in vorliegender Arbeit erfolgte Gestaltung der herrschenden Ansicht den Vorwürfen Rosenbergs bereits entgeht, folgendes bemerkt werden. Die ganze Lehre von der Anfechtung wegen Irrtums wie speziell die Vorschrift des § 119 BGB ist das Resultat einer Abwägung der sich widerstreitenden Interessen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers bezw. des sonstigen Dritten, der auf Grund der Erklärung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt. Der Gesetzgeber vermochte sich weder der Willens- noch der Erklärungstheorie vollkommen anzuschliessen, vielmehr hat er seine Aufgabe darin erblickt, unter tunlichster Ausgleichung der sich widerstreitenden Interessen des Irrenden und des andern Teils wie auch Dritter ein den Anforderungen der Billigkeit entsprechendes Recht zu schaffen. Diese Gesichtspunkte waren auch massgebend für die besondere Frage nach der Beurteilung der Wesentlichkeit eines Irrtums. Durch das in § 119 angeführte Erfordernis einer verständigen Würdigung des Falles ist zum Ausdruck gebracht, dass das positive Recht nicht blossen subjektiven Launen des Irrenden, deren Geltendmachung zum Schaden des andern Teils nicht selten geradezu unsittlich wäre, Schutz gewähren dürfe, sondern nur dem verständigen Interesse des Irrenden (vgl. Mugdans Materialien I. Band S. 456 ff., 715 ff.). Hienach ist unter Beachtung des Umstands, dass bei der Erklärung der Vollmacht an den Vertreter

die Mitteilung der Bevollmächtigungstatsache an den Geschäftsgegner durch den Vertreter den Intentionen des Vollmachtgebers entspricht, zu sagen: Ist bei der Erteilung der Vollmacht ein Irrtum über ihren Umfang unterlaufen, hat also z. B. der Vollmachtgeber bei einer Einkaufsvollmacht die Preisgrenze irrtümlich zu hoch, bei einer Verkaufsvollmacht zu niedrig angegeben oder eine Prokura statt einer Handlungsvollmacht erklärt, so wird man es für berechtigt halten, dass der Vollmachtgeber die Wirkungen seiner irrtümlichen Erklärung von sich abwende. Soweit also ein Widerruf nicht in Frage kommt, ist ihm, sofern nicht in dem zuerst gesetzten Beispiele die Differenz zwischen dem erklärten und wirklich gewollten Preise eine ganz geringfügige ist, das Recht zur Anfechtung der Bevollmächtigung zuzuerkennen. Hat sich jedoch der Bevollmächtigte in den Grenzen gehalten, die der Vollmachtgeber eigentlich bezeichnen wollte, hat er also zu dem gewollten höheren Preise verkauft bezw. zum geringeren eingekauft oder hat er nur Geschäfte vorgenommen, zu denen auch ein Handlungsbevollmächtigter befugt ist, so ist dem Vollmachtgeber die Anfechtung mangels eines berechtigten Interesses zu versagen. Hätte der Vollmachtgeber diese Geschäfte selbst geschlossen, so wären sie für ihn unanfechtbar, hätte ein Geschäftsführer ohne Auftrag diese Geschäfte für ihn vorgenommen, so könnte dieser wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, also namentlich die Rechte aus § 257 BGB geltend machen, daher kann der Vollmachtgeber diesen seinem wahren Willen entsprechenden Geschäften nach dem das BGB beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehr die Wirksamkeit für seine Rechtssphäre nicht dadurch nehmen, dass er den bei der Vollmachtserteilung unterlaufenen jedoch gar nicht relevant gewordenen Willensmangel aus blosser Laune zur Anfechtung der Vollmacht verwendet. Entspricht es dem Wesen und der Rechtsnatur der Vollmacht, dass der Bevollmächtigte keinen Willen äussern darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, und dass auch der Dritte dem ihm bekannten Willen des Vertretenen nicht zuwiderhandeln darf, so kann umgekehrt die Gültigkeit der Vertreterhandlung dann nicht zum Nachteil des Geschäftsgegners wie des Bevollmächtigten in Frage gezogen werden, wenn sie mit dem wahren Willen des Machtgebers übereinstimmt.

Ferner ist zu sagen, dass ein Irrtum über persönliche Eigen-

schaften des Vertreters dann nicht zur Anfechtung der Vollmacht führen kann, wenn die seitens des Bevollmächtigten vorgenommenen Geschäfte in keiner Weise hiedurch beeinflusst worden sind, da mangels jedes kraft Treu und Glauben anzuerkennenden Anfechtungsinteresses des Vollmachtgebers die Interessen der Geschäftsgegner wie des Bevollmächtigten selbst an der Aufrechterhaltung der Vollmacht für die bereits geschlossenen Geschäfte ausschlaggebend sind. Dem Vollmachtgeber steht es frei, sich den Wirkungen der Vollmacht für die Zukunft durch den Widerruf derselben zu entziehen, zumal da ein etwaiger Widerrufsverzicht bei der vorausgesetzten Sachlage für den Vollmachtgeber nicht bindend sein wird (vgl. Rosenberg a. a. O. S. 914, 915).

Soweit nun auch die Anfechtung der Vollmacht nach dem Ausgeführten zuzulassen ist, wird namentlich die Anwendung des § 139 bezw. des den §§ 139, 140 zugrunde liegenden Prinzips es ermöglichen, die Vollmachtserklärung insoweit aufrechtzuerhalten, als ihr Inhalt vom Irrtum nicht beeinflusst ist. Insofern erscheinen die Ausführungen Rosenbergs über die Unanwendbarkeit der §§ 139, 140 als unrichtig, es ist vielmehr den Darlegungen Natters in seiner Schrift „Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte“ (Tüb. In. Diss. 1907) S. 17 ff., besonders auch S. 33 ff., S. 41 beizutreten (vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. I. Band S. 432). Hat also der Vertreter in dem obigen Beispiele mehrere Geschäfte geschlossen, von denen der eine Teil innerhalb, der andere Teil ausserhalb der von dem Machtgeber eigentlich gewollten Preisgrenze liegt, so bleibt trotz Anfechtung die Vollmacht im Umfange der wirklich gewollten Preisgrenze bestehen.

Wenn endlich Rosenberg gegen die herrschende Lehre anführt es könne sich nach ihr ereignen, dass der Dritte sich in Kenntnis der dem Vertreter erteilten Vollmacht mit dem Bevollmächtigten einlasse und von der dem Vertreter zu erklärenden und erklärten Anfechtung der Vollmacht nichts erfahre, infolgedessen zur Erfüllung des vermeintlich bindenden und wirksamen Vertrags Aufwendungen mache, so ist dagegen zu sagen, dass sich bei dem Widerruf der an den Vertreter erteilten Vollmacht dieselbe Situation ergeben kann.

Es lassen sich nun für die Irrtumslehre bei der Vollmacht mehrere Fälle unterscheiden:

a) Ist die Vollmacht an den Vertreter erklärt und ist hiebei

ein wesentlicher Irrtum im Sinn des § 119 unterlaufen, so ist zunächst nach allgemeinen Grundsätzen die Vollmachtswillenserklärung anfechtbar. Hier sind die verschiedensten Fälle denkbar, so irrtümliche Erteilung einer Vollmacht statt einer Genehmigung sei es infolge Verirrung oder sprachlichem Irrtum, ferner Irrtum über die Personenidentität, über die Identität des Geschäftsgegenstandes (vergl. Staudinger a. a. O. S. 346 und 347, Hupka, Die Vollmacht S. 135 Anm. 1). Besonders bedeutsam ist der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person des Bevollmächtigten, vor allem aber ist wichtig, dass auch Irrtümer, welche hinsichtlich des durch die Vollmachtserteilung in Aussicht genommenen Ausführungsgeschäfts unterlaufen, die Vollmachtserteilung selbst affizieren, somit Irrtümer im Bevollmächtigungsgeschäft darstellen (so namentlich auch Hupka, Die Vollmacht S. 136 und 137).

Beispielsweise mögen folgende Fälle angeführt werden: Der Vollmachtgeber erteilt infolge Verirrung Vollmacht zum Kaufe statt zum Verkaufe oder infolge Irrtums über den sachlichen Inhalt der Erklärung Vollmacht zum Abschluss mit dem Bankhaus B statt mit dem ihm empfohlenen Bankhaus P. Besonders interessant ist der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache, auf die sich das Ausführungsgeschäft beziehen soll: A bevollmächtigt den B zum Abschluss eines Darlehensvertrages mit C, oder zum Abschluss eines Kreditkaufs im Irrtum über die Kreditwürdigkeit des C. Auch dieser Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des in Aussicht genommenen Geschäftsgegners kann zur Anfechtung der Vollmachtswillenserklärung führen: es ist also für die Anwendung des § 119 Abs. 3 sowohl der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Bevollmächtigten als des in Aussicht genommenen Geschäftsgegners in Betracht zu ziehen. Für diese Ansicht kommt unterstützend in Betracht, dass die Vollmacht hätte auch erteilt werden können durch Erklärung gegenüber dem in Aussicht genommenen Geschäftsgegner, dass somit der Vollmacht Beziehungen zu verschiedenen Personen inhärent sind, deren Eigenschaften für das Vollmachtserteilungsgeschäft wesentlich werden. Sodann kommt in Frage der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache: es bevollmächtigt der A den B zum Einkauf eines Schmuckgegenstandes, den er für Silber hält, während er nur Nickel ist. Die Vollmacht wird erst durch Bezugnahme auf das Ausführungsgeschäft individualisiert und daher haben

die Irrtümer über Individualisierungsmerkmale des Ausführungsgeschäfts für die Vollmachtserteilung als solche Bedeutung.

Ist die Vollmacht unwiderruflich oder ist bereits auf Grund der Vollmacht ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, so bleibt nur die Anfechtung der Vollmachtserteilung übrig. Anfechtungsgegner ist der Bevollmächtigte, durch Erklärung ihm gegenüber hat die Anfechtung zu erfolgen. Hiefür spricht eine genaue Auslegung des § 143 Abs. 3 S. 1: Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das einem Andern gegenüber vorzunehmen (d. h. empfangsbedürftig) war und daher einem Andern gegenüber vorgenommen wurde, ist der Andere der Anfechtungsgegner, ebenso auch, wie oben ausgeführt, der Abs. 3 S. 2 des § 143 (zustimmend Staudinger a. a. O. S. 415 b, Plank a. a. O. I. Band S. 256 Ziff. 3 und S. 294 Ziff. 4, neuestens Rosenberg a. a. O. S. 723). Ferner hat der Bevollmächtigte, soweit die Vollmacht unwiderruflich ist, regelmässig ein materielles Interesse an der Vollmacht, ebenso besteht ein solches Interesse für jeden Bevollmächtigten, wenn auf Grund der Vollmacht ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, da ja seine Haftung als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Frage kommen kann. Daher ist es auch mit Rücksicht auf diese Interessenlage begründet, den Bevollmächtigten als Anfechtungsgegner zu betrachten.

Anderer Ansicht ist zunächst Hellwig a. a. O. S. 528. Auch er lässt die Anfechtung der Bevollmächtigung zu, meint aber, dass stets der Dritte Adressat der Anfechtungserklärung sei. Soweit sich die Richtigkeit dieser Anschauung daraus ergeben soll, dass der Dritte auch stets Adressat der Vollmachtserklärung sei, ist zur Widerlegung auf die Ausführungen oben in § 2 zu verweisen. Wenn aber Hellwig zur Begründung seiner Ansicht noch weiter ausführt, dass die herrschende Lehre notwendig zu dem „haarsträubenden Resultat“ kommen müsse, den Dritten im Falle der Anfechtung eben auf die Haftung des Vertreters gemäss § 179 zu verweisen und ihm Ansprüche gegen den Vollmachtgeber selbst zu versagen, so wird noch gezeigt werden, dass dies keineswegs der Fall ist.

Sodann führt Hupka, die Vollmacht S. 140, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht aus, dass die auf einen bestimmten Dritten lautende Vollmacht, wenn die Bevollmächtigungserklärung an den Vertreter gerichtet wurde, durch Erklärung an den Vertreter oder an den Dritten angefochten werden könne. Ihm haben

sich neuerdings angeschlossen Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 275 und Enneccerus-Jäger a. a. O. S. 477. Jedoch lassen die vielen Modifikationen und Klauseln, die Hupka bei seiner Ansicht anbringt, dieselbe als praktisch nicht verwertbar erscheinen und es ist nur erforderlich, seine Angriffe auf die hier vertretene Ansicht zurückzuweisen. Soweit Hupka a. a. O. S. 140 oben und S. 143 Anm. 1 den Wortlaut des Gesetzes zu Hilfe ruft, ist ihm bereits entgegengetreten worden, ebenso wird die auch von Biermann herbeigezogene Analogie des Widerrufs abzulehnen sein, da die Anfechtung gerade dann praktisch wird, wenn der Widerruf der Vollmacht nicht mehr möglich ist. Ferner ist der Bevollmächtigte wegen seiner eventuellen Haftung stets daran interessiert, dass die Anfechtung der ihm erteilten Vollmacht auch an ihn erfolgt, wie umgekehrt die Analogie des Widerrufs bei der Vollmachtserteilung gegenüber dem Dritten eine Verschlechterung der Rechtslage des Dritten herbeiführen würde (zustimmend neuestens Rosenberg a. a. O. S. 717 Anm. 1, S. 726). Endlich lässt sich auch mit der hier vertretenen Ansicht das von Hupka a. a. O. S. 143 Anm. 1 angeführte Beispiel in befriedigender Weise lösen: „Ein Kaufmann hat seinem Reisenden für eine bevorstehende Geschäftsreise einen bestimmten Auftrag erteilt. Nachträglich besinnt er sich eines ihm bei der Festsetzung eines wesentlichen Punktes unterlaufenen Irrtums. Da er nicht weiss, wo der Reisende sich augenblicklich aufhält, verständigt er unverzüglich den Dritten von dem Irrtum und berichtigt denselben.“ Nehmen wir Unwiderruflichkeit der Vollmacht an, so ist zu sagen, dass es allerdings keine Anfechtung gegenüber dem Dritten gibt, wodurch das Vollmachtsrechtsgeschäft vernichtet würde. Der Bevollmächtigte hat nach wie vor Vollmacht, dieselbe kann in einem Prozesse nicht in Frage gezogen und damit dem Bevollmächtigten der vielfach wegen des eventuellen Auseinanderfallens von Zugehen und Kenntnisnahme schwierige Beweis des § 179 Abs. 3 S. 1 aufgebürdet werden. Allein der Dritte weiss im Falle der Kenntnisnahme von der an ihn erfolgten an sich unwirksamen Anfechtungserklärung, dass die Ausübung der fortbestehenden Vollmacht dem Willen des Machtgebers nicht entspricht und er vermag daher aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten, die dem ihm bekannten Willen des Vollmachtgebers zuwiderläuft, keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten RGZ 15 S. 207, 52 S. 99.

Die Wirkung der Anfechtung ist, dass das Vollmachtserteilungsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Ferner entsteht für den Vollmachtgeber die Schadensersatzpflicht des § 122 und zwar nach dem Gesetze zunächst allein gegenüber dem Bevollmächtigten. Das Gesetz sagt: es hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem Andern gegenüber abzugeben d. h. empfangsbedürftig war und daher einem Andern gegenüber abgegeben wurde, diesem das negative Interesse zu ersetzen, es sei denn, dass der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste. Der Schaden des Vertreters besteht regelmässig darin, dass er im Vertrauen auf die Gültigkeit der Bevollmächtigung Rechtsgeschäfte als Vertreter vorgenommen hat und nunmehr gemäss § 179 dem Geschäftsgegner haftbar geworden ist. Hier soll, im übrigen unter Verweisung auf die oben bei der Besprechung des Scherzes gemachten Ausführungen, noch hervorgehoben werden, dass dem Dritten neben der Haftung des Vertreters auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Vollmachtgeber zuerkannt werden kann, der die Ausrichtung der Vollmacht an den Dritten durch ihren Gebrauch in Rechnung ziehen musste. Während diese analoge Anwendung des § 122 nicht als unbedenklich erscheint (vergl. übrigens auch die Ausführungen über analoge Anwendung des § 120 (RGZ 28 S. 16 ff) bei der Mentalreservation), lässt sich jedenfalls im Anschluss an § 281 sagen, dass der Dritte von dem Vertreter Abtretung der diesem gegen den Vollmachtgeber zustehenden Schadensersatzansprüche verlangen kann, wobei dann der Wert des abgetretenen Anspruchs auf die seitens des Vertreters gemäss § 179 zu leistende Entschädigung angerechnet werden muss.

b) Die Vollmacht ist erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. In Ansehung der verschiedenen Arten des Irrtums und ihrer Bedeutung gilt das oben Ausgeführte. Auch hier ist interessant der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person im Sinne des § 119 Abs. 2. Hier kommen einmal in Betracht verkehrswesentliche Eigenschaften des Dritten so seine Kreditwürdigkeit im Falle der Vollmachtserteilung zu einem Kreditgeschäft, sodann auch solche des Bevollmächtigten, da die Vollmachtserklärung auf ihn Bezug nimmt. Würde der Bevollmächtigte mit falschem Namen bezeichnet, so bestände ein die Anfechtung begründender Irrtum über den Geschäftsinhalt, ebenso sind seine

persönlichen Eigenschaften vielfach für die Entschlussfassung des Vollmachtgebers wesentlich.

Ist die Vollmacht unwiderruflich oder ist bereits auf Grund der Vollmacht ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, so muss die Vollmachtserteilung angefochten werden. Anfechtungsgegner ist nach der hier vertretenen Ansicht lediglich der Dritte, die Anfechtungserklärung enthält wie der Widerruf die in § 170 angeführte Erlöschungsanzeige. Die Wirkung der Anfechtung ist anfängliche Nichtigkeit der Bevollmächtigung und Verpflichtung des Vollmachtgebers zum Ersatze des negativen Interesses und zwar allein gegenüber dem Dritten. Der Dritte hat z. B. eine Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes an den Bevollmächtigten erklärt, hier müssen jedenfalls diese Aufwendungen ersetzt werden.

Ist auf Grund der nunmehr nichtigen Vollmacht ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, so kommt regelmässig noch die Haftung des Vertreters in Frage. Soweit der Vertreter die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung und damit gemäss § 142 Abs. 2 den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, ist der Anspruch auf Erfüllung bezw. auf das Erfüllungsinteresse nach Wahl des Dritten begründet, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Unter Umständen kann auch in dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts auf Grund einer Vollmacht, deren Anfechtbarkeit der Bevollmächtigte kennt, eine vorsätzliche Schadenszufügung gegen die guten Sitten zum Nachteil des Dritten gegeben sein, sodass der Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den Vertreter auf unerlaubte Handlung gegründet werden könnte, wobei bezüglich des wesentlichen Unterschieds der Haftung auf die früheren Ausführungen verwiesen werden kann. Hat jedoch der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so kann, wie wiederholt hervorgehoben wurde, seine Haftung entfallen, wenn ihm die Bevollmächtigung erst von dem Dritten mitgeteilt und er dadurch zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts auf Grund der ihm gegenüber behaupteten Vollmacht veranlasst wurde. Soweit dies auch nicht zutrifft, ist dem Vertreter, wenn er bei einer an ihn erfolgten Vollmachtserklärung sich gemäss § 122 bei dem Vollmachtgeber schadlos halten könnte, kraft Treu und Glauben das Recht zuzuerkennen, von dem Dritten, der ihn gemäss § 179 in Anspruch nimmt, Abtretung des diesem gemäss § 122 gegen den Vollmachtgeber zustehenden Schadensersatzanspruches zu ver-

langen, wobei namentlich zu beachten ist, dass der Bevollmächtigte gemäss § 122 keinen Anspruch hätte, wenn er den Grund der Anfechtbarkeit kennen musste.

Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten, so ist hervorzuheben, dass regelmässig nur ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Bevollmächtigten Bedeutung haben kann. Da diese Vollmachtserklärung nicht auf individuell bestimmte Dritte Bezug nimmt, wird es kaum denkbar sein, dass ein kausaler Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften eines Individuums der unbestimmten Personenmehrheit unterläuft. Soweit die Anfechtung in Betracht kommt, sind Anfechtungsgegner nur die beliebigen Dritten, die Anfechtungserklärung ist somit in gleicher Weise abzugeben wie die Vollmachtserklärung. Wird die Anfechtungserklärung nur einem der beliebigen Dritten gegenüber abgegeben, so wird die Gültigkeit der Vollmacht hiedurch nicht alteriert; der betreffende Dritte vermag jedoch aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten. Im übrigen ist das oben Ausgeführte entsprechend zu übertragen.

c) Endlich ist noch der Fall zu erörtern, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist. In Übereinstimmung mit den früheren Ausführungen ist zu sagen, dass auch die Grundsätze des Irrtums im allgemeinen auf die Kundgebung entsprechend anzuwenden sind (a. A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 712 und Rosenberg a. a. O. S. 721). Interessant ist, dass ein Irrtum, der besteht in der Differenz zwischen dem wahren Rechtsfolgewillen und dem aus der Willenserklärung zu entnehmenden Rechtsfolgewillen, bei der Kundgebung nicht möglich ist, da es hier an einem Rechtsfolgewillen fehlt. Hervorzuheben ist aber vor allem, dass der bei der Kundgebung wohl häufig vorkommende Irrtum über positive Sätze der objektiven Rechtsordnung rechtlich irrelevant ist (vergl. namentlich RGZ 51 S. 281, 62 S. 201). Als Geltendmachung eines solchen rechtlich nicht beachtlichen Irrtums erscheint es, wenn der Vollmachtgeber eine gemäss §§ 171, 172 erfolgte Kundgebung nicht gelten lassen will, weil er nicht gewusst habe, dass sich daran eine selbständige Gefährdungshaftung anschliesst.

Ist auf Grund der kundgegebenen Vollmacht ein Rechtsgeschäft noch nicht vorgenommen worden, so bleiben die Anfechtungs-

grundsätze ausser Betracht. Ist die Kundgebung gemäss § 171 erfolgt, so kann der Kundgebende stets die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, also durch besondere Mitteilung an den Dritten bezw. durch öffentliche Bekanntmachung widerrufen. Im Falle der Ausstellung und Aushändigung einer Vollmachtsurkunde besteht der erforderliche Gegenakt entweder darin, dass die Vollmachtsurkunde seitens des Ausstellers zurückerlangt oder für kraftlos erklärt wird. Hiedurch wird die kraft des Gesetzes an die Kundgebung gemäss §§ 171, 172 geknüpfte Vertretungsmacht zum Erlöschen gebracht. Ist auf Grund der kundgegebenen Vollmacht bereits ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden, so muss die Kundgebung angefochten werden. Die Anfechtung erfolgt unter entsprechender Anwendung des § 143 im Falle der besonderen Mitteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, im Falle der öffentlichen Bekanntmachung durch öffentliche Erklärung, bei Kundgebung mittels Vollmachtsurkunde durch Erklärung gegenüber demjenigen, dem bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Urkunde vorgelegt worden ist (zustimmend Biermann, Bürgerliches Recht I. Band S. 275). Interessant ist, dass im letzteren Falle durch die Anfechtung nur die einzelne mittels der Vorlegung der Vollmachtsurkunde bewirkte besondere Mitteilung vernichtet wird, die Vollmachtsurkunde somit trotz Anfechtung nach wie vor ihre Kraft behält, so dass bei erneuter Vorlegung Andern gegenüber neue gültige besondere Mitteilungen geschaffen werden. Es muss also der Aussteller eben die Vollmachtsurkunde zurückerlangen oder sie für kraftlos erklären lassen, um zu verhüten, dass durch erneute Vorlegung neue besondere Mitteilungen geschaffen werden, die wieder selbständig angefochten werden müssen.

Die Wirkung der Anfechtung ist auch hier, dass die Kundgebung als von Anfang an nichtig anzusehen ist § 142 Abs. 1. Bezüglich des Schadensersatzes ist zu sagen, dass derjenige, dem gegenüber die besondere Mitteilung eventuell unter Vorlegung einer Vollmachtsurkunde erfolgt ist, im Falle der öffentlichen Bekanntmachung jeder Dritte, Ersatz des negativen Interesses von dem Kundgebenden verlangen kann, soweit er nicht den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste. Über das Bestehen und die Konkurrenz der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist nach den obigen Ausführungen zu entscheiden.

Die Kundgebung der Bevollmächtigung erfolgt in der Regel bloss dann, wenn eine Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden bereits stattgefunden hat und hier ist bei den Irrtumsfällen das Verhältnis der Kundgebung zur Bevollmächtigung besonders zu betrachten. Vielfach wird einer der wesentlichen Irrtümer sowohl die Vollmachtserteilung wie die Kundgebung betreffen, namentlich wenn sofort mit der Bevollmächtigung eine Urkunde ausgestellt und ausgehändigt wird. Hier sind beide Erklärungen anfechtbar und müssen, soweit ein Widerruf nicht in Frage kommen kann, angefochten werden. Die Kundgebung begründet kraft Gesetzes Vertretungsmacht, die durch Anfechtungserklärung gegenüber dem Empfänger zerstört wird. Daneben aber steht selbständig die durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht, die durch Anfechtungserklärung gegenüber dem Bevollmächtigten beseitigt werden muss. Soweit der Widerruf in Frage kommt, ist zu sagen: Wird die Kundgebung widerrufen, so endigt damit die an die Kundgebung sich anschliessende gesetzliche Vertretungsmacht § 171 Abs. 2. Der Dritte muss sich aber auch sagen, dass nunmehr eine Ausübung der kundgegebenen Vollmacht dem Willen des Vollmachtgebers nicht mehr entspricht und er vermag daher aus einer Willenserklärung des noch Bevollmächtigten Rechte gegen den Machtgeber nicht herzuleiten. Immerhin wird der Vollmachtgeber, wenn die Vollmacht nicht Geschäfte mit einem bestimmten Dritten voraussieht, dem gegenüber der Widerruf der Kundgebung auch gemäss § 168 letzter Satz als Widerruf der Vollmacht betrachtet werden kann, also namentlich im Falle der Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung, gut daran tun, neben der Kundgebung auch die Vollmacht zu widerrufen, da hier vielfach der Widerruf der Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung mittels analoger Erklärung gültig erfolgt sein kann, ohne dass der Dritte davon Kenntnis erhalten hat, und der Dritte, wenn der weiterhin Bevollmächtigte tätig wird, nicht weiss, dass die Ausübung der noch bestehenden Vollmacht dem Willen des Machtgebers nicht entspricht. In gleicher Weise wird die Anfechtung der Kundgebung, wenn die zugegangene bezw. öffentlich bekanntgemachte Anfechtungserklärung auch wirklich zur Kenntnis des Dritten gelangt ist, diesem die Berufung auf die noch gültige Vollmacht für die Zukunft benehmen.

Es ist aber auch möglich, dass die Vollmachtserteilung allein

anfechtbar ist, dagegen nicht die Kundgebung. Vielfach wird ein Irrtum lediglich die Vollmachtserteilung betreffen, während er für die Kundgebung nicht kausal ist (zustimmend neuestens Rosenberg a. a. O. S. 722). In dieser Hinsicht ist namentlich hervorzuheben, dass ein bei der Vollmachtserteilung unterlaufener Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 2 die Kundgebung in der Regel nicht affizieren wird. Erlässt der Vollmachtgeber eine Kundgebung vor der Erteilung der Vollmacht selbst, stellt er also z. B. im voraus eine Vollmachtsurkunde aus und übergibt sie dem Vertreter mit dem Bemerken, dass wenn je während seiner Abwesenheit die in der Urkunde vorgesehenen Geschäfte erforderlich werden sollten, er ihn zum Gebrauche dieser Legitimation telegraphisch anweisen werde, so erhellt ohne weiteres, dass für diese Kundgebung auch ein Eigenschaftsirrtum sei es hinsichtlich der Person des in Aussicht genommenen Vertreters oder Geschäftsgegners sei es hinsichtlich der Sache, auf die sich das Ausführungsgeschäft beziehen soll, kausal sein kann. Ist dagegen die Vollmachtserteilung bereits erfolgt und war bei ihr ein wesentlicher Eigenschaftsirrtum unterlaufen, so wird in der Regel dieser Eigenschaftsirrtum für die nunmehr erfolgende Kundgebung der Vollmacht gar nicht kausal sein, vielmehr wird das einzige den Vollmachtgeber zur Kundgebung bestimmende Motiv die Tatsache der erfolgten Vollmachtserteilung sein. Auch bei dieser Sachlage befindet sich der Vollmachtgeber allerdings in einem Motivirrtum, da er irrtümlich annimmt, die nunmehr kundzugebende Vollmachtserteilung habe seinem Willen entsprochen, jedoch ist derselbe nach § 119 nicht beachtlich.

Soweit der Widerruf der Vollmacht möglich und genügend ist, gilt nach erfolgtem Widerruf der § 173. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die erfolgte Anfechtung der Vollmachtserklärung hinsichtlich der späteren Geschäfte wie auch in Verbindung mit § 142 Abs. 2 hinsichtlich der früheren vor der Abgabe der Anfechtungserklärung geschlossenen Geschäfte ist erörtert. Es ist hier nur hervorzuheben, dass die Kenntnis des Dritten, zu dessen Gunsten die Kundgebung wirkt, von der Anfechtbarkeit der kundgegebenen Bevollmächtigung nichts schadet, wenn er ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, der Vollmachtgeber habe in Kenntnis des Irrtums also unter Bestätigung des anfechtbaren Vollmachtserteilungsgeschäfts die Kundgebung erlassen. Viel-

fach wird ja auch die Kundgebung eine Bestätigung der anfechtbaren Bevollmächtigung gemäss § 144 enthalten, so stets wenn sie in Kenntnis des bei der Vollmachtserteilung unterlaufenen Irrtums erfolgt (vgl. hiezu neuestens Rosenberg a. a. O. S. 729 Anm. 1).

Endlich ist denkbar, dass allein die Kundgebung von einem Irrtum betroffen ist, da sie z. B. infolge Verirrung zu weit ausgefallen ist. Hier kommt nur der Widerruf der Kundgebung bezw. ihre Anfechtung in Frage, während die erteilte Vollmacht nach wie vor dem Willen des Vollmachtgebers entspricht.

§ 11.

5. Unrichtige Übermittelung.

Ihre Behandlung richtet sich nach dem für die Anfechtung wegen Irrtums Gesagten, es bedarf somit keiner Wiederholung des dort Ausgeführten. Bemerkt darf werden, dass auch bei der Kundgebung einer erfolgten Bevollmächtigung falsche Übermittelung möglich ist, wobei der § 120 entsprechende Anwendung findet. Nehmen wir folgendes Beispiel: Es lässt der A durch sein Dienstmädchen dem C mitteilen, dass er den B bevollmächtigen werde, seine Forderung bei ihm einzuziehen, wenn er es nicht vorziehen sollte, das Geld bis zu einem bestimmten Termin direkt zu schicken. Das Dienstmädchen richtet dem C aus, dass A den B zum Geldeinzug bereits bevollmächtigt habe. Ebenso ist denkbar, dass der Bevollmächtigte die ihm mitgegebenen Vollmachtsurkunden verwechselt.

§ 12.

6. Arglistige Täuschung.

Die Vollmachtserklärung ist eine Erklärung, die einem Andern gegenüber abzugeben (d. h. empfangsbedürftig) war und daher einem Andern gegenüber abgegeben wurde; es ist somit zur Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung erforderlich, dass der Andere, also der konkrete Erklärungsempfänger, die Täuschung selbst verübt hat oder die von einem Dritten verübte Täuschung kannte oder kennen musste. Es ist somit auch hier zu unterscheiden:

a) Die Vollmacht ist erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Dritter ist im vorliegenden Falle nach der hier vertretenen grundsätzlichen Auffassung jeder, der

nicht konkreter Erklärungsempfänger, also nicht zu Bevollmächtigender ist, namentlich auch derjenige, mit welchem der Bevollmächtigte späterhin in Ausübung seiner Vollmacht Rechtsgeschäfte vornimmt. Mit den bisherigen Ausführungen stimmen auch die Materialien des Gesetzes überein. So besagt der erste Entwurf § 103 Abs. 2: Der konkrete Erklärungsempfänger muss den von einem Dritten verübten Betrug kennen oder kennen müssen. Weiter sind zu vergleichen die Motive, allgemeiner Teil S. 206: „Die strenge Durchführung des Grundsatzes, wonach die rechtswidrige Beeinflussung seitens eines Jeden relevant ist, führt zu Härten, wenn bei einer Willenserklärung, welche gegenüber einer anderen Person abgegeben werden musste und abgegeben worden ist, die Beeinflussung von einem Dritten ausging, während der Empfänger der Willenserklärung bei der Beeinflussung nicht beteiligt war, auch dieselbe weder kannte noch kennen musste. Heranzuziehen sind auch die Redaktoren-Motive nebst Vorlagen der I. Kommission, allgemeiner Teil, Abschnitt II, Titel 2, S. 5, § 21 Abs. 2: „Ist die Willenserklärung an eine Person hingegeben, so kommt ein von Dritten geübter Betrug nur in Betracht, wenn der Empfänger der Willenserklärung denselben kannte oder kennen musste“ und S. 121, 122. Endlich kommen in Betracht die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, erster Band S. 142: „Eine Lücke lasse der Entwurf nur für den Fall eines ohne Kenntnis des Bevollmächtigten gegen den Vollmachtgeber geübten Betrugs, da in diesem Fall nach § 103 Abs. 2 die Vollmacht unanfechtbar sei, selbst wenn der Dritte, mit dem der Bevollmächtigte nachher das Rechtsgeschäft vornahm, den Betrug kannte oder kennen musste. Die Ausfüllung dieser Lücke bezwecke der Antrag 5. Derselbe sei jedoch abzulehnen, da eine Vorschrift des beantragten Inhalts entbehrlich erscheine, wenn man in Betracht ziehe, dass der Vollmachtgeber durch die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen hinreichend geschützt werde.“ Mit dieser Ansicht stimmen überein: Plank a. a. O. I. Band zu § 167. Staudinger a. a. O. I. Band zu § 167, 9, Enneccerus-Jäger a. a. O. I. Band S. 477, 6 b, an sich neuestens auch Rosenberg a. a. O. S. 730. Abweichend Hupka, die Vollmacht S. 149 ff. Gegen letzteren sind namentlich die Ausführungen Staudingers zu beachten, denen in jeder Hinsicht beizutreten ist. Die Bevollmächtigung als solche, die vielleicht Geschäftsabschlüsse mit beliebigen auch generell noch gar nicht bestimmbaren

Personen umfasst, wirkt lediglich für den Bevollmächtigten, schafft für ihn allein die rechtliche Möglichkeit eines wirksamen Geschäftsabschlusses im Namen des Vollmachtgebers, wobei insbesondere zu beachten ist, dass auch die nicht benutzte Vollmacht eine Vollmacht ist. Ja die Annahme überhaupt, es komme bei der Feststellung, wer Dritter im Sinne des § 123 ist, auf den Anteil an der Geschäftswirkung an, führt zu praktisch nicht haltbaren Ergebnissen. Hätte im Falle des § 875 irgend einer der Interessenten und rechtlich möglichen Erklärungsempfänger den Betrug verübt, so wäre die Aufgabeerklärung anfechtbar, auch wenn der konkrete Erklärungsempfänger die Täuschung weder kannte noch kennen musste. Dies würde aber zu einer schweren Schädigung der Verkehrssicherheit führen und ist daher, wie bereits bei der Besprechung der Mentalreservation ausgeführt wurde, abzulehnen.

Es gilt sonach folgendes:

1. Der zu Bevollmächtigende hat die Täuschung verübt. Hier ist die Vollmachtswillenserklärung ohne weiteres anfechtbar. Mit der Durchführung der Anfechtung sind die auf Grund der Vollmacht geschlossenen Rechtsgeschäfte von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen, der nunmehr gemäss § 179 verhaftet wird. Soweit der Vertreter durch sein Tätigwerden eine Schädigung des Geschäftsgegners bezweckt, ist seine Haftung aus unerlaubter Handlung begründet, was zu einer Inanspruchnahme des Geschäftsherrn auf Grund des § 831 führen kann. Die analoge Anwendung der im § 120 verwirklichten Grundsätze der Gefährdungshaftung ist bei diesem vorsätzlichen Verhalten des Vertreters ausgeschlossen.

2. Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist die Vollmachtswillenserklärung nur anfechtbar, wenn der Bevollmächtigte die Täuschung kannte oder kennen musste. Als ein Dritter erscheint auch der Geschäftsgegner eines auf Grund der Vollmacht späterhin vorgenommenen Rechtsgeschäfts; jedoch lassen sich die von Rosenberg a. a. O. S. 731 ff. aufgeführten Ergebnisse leicht vermeiden. Soweit der Geschäftsgegner die Täuschung selbst verübt hat oder eine von einem Dritten verübte Täuschung kannte, gilt der wiederholt aufgestellte Satz, dass der wissende Dritte aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten, die dem wahren Willen des Vollmachtgebers nicht entspricht, Rechte gegen den Machtgeber nicht herzuleiten vermag. Ebenso hat der Vollmachtgeber stets, wenn der Geschäftsgegner die Täuschung verübt hat, unter

Umständen auch, wenn er die seitens eines Dritten verübte Täuschung kannte, Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung § 826, ev. § 263 StGB mit § 823 Abs. 2 BGB. Soweit daher aus einem auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Geschäft seitens des Geschäftsgegners Ansprüche gegen den Machtgeber geltend gemacht werden, begegnet er denselben mit einem Einwand aus § 826 bezw. § 823 Abs. 2. Hat bereits eine Vermögensverschiebung stattgefunden, so muss das Geleistete gemäss §§ 826, 823 Abs. 2 mit § 249 seitens des Geschäftsgegners zurückerstattet werden. Allerdings ist das blosse Kennenmüssen des Geschäftsgegners von der gegen den Vollmachtgeber verübten Täuschung einflusslos, jedoch sind auch in diesem Falle die Interessen des Vollmachtgebers keineswegs so sehr schutzbedürftig. Die von Plank versuchte Anwendung des § 123 Abs. 2 S. 2 ist abzulehnen (zustimmend Rosenberg a. a. O. S. 734 und die unten Anm. 3 aufgeführten Schriftsteller).

b) Die Vollmacht ist erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

1. Hat dieser die Täuschung verübt, so ist die Vollmachtswillenserklärung ohne weiteres anfechtbar. Man könnte jedoch unter Berufung auf § 123 Abs. 2 S. 2 folgendes behaupten: Aus der Vollmachtserklärung hat ein Anderer als derjenige, dem die Erklärung abgegeben wurde, unmittelbar ein Recht erworben nämlich der Bevollmächtigte, das Vertretungsrecht, eine Art Kann- oder Gestaltungsrecht; daher ist die Vollmachtswillenserklärung ihm gegenüber nur anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste. Diese Auffassung ist jedoch unrichtig: der § 123 Abs. 2 S. 2 will nicht die Grenzen der Anfechtbarkeit enger ziehen sondern erweitern. Soweit der Erklärungsempfänger getäuscht hat, ist stets die Anfechtung begründet, der § 123 Abs. 2 S. 2 hat Bedeutung für Fälle, in denen eine Anfechtung gegenüber dem Erklärungsempfänger wegen seiner Gutgläubigkeit ausgeschlossen ist.

2. Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist die Vollmachtswillenserklärung nur anfechtbar, wenn derjenige, dem gegenüber die Bevollmächtigung erfolgt ist, also der Geschäftsgegner, die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit nunmehr der Geschäftsgegner die Täuschung weder kannte noch kennen musste, jedoch der Bevollmächtigte die Täuschung verübt hat bezw. die von einem Andern verübte Täuschung kannte oder kennen musste,

kommt die Anwendung des § 123 Abs. 2 S. 2 in Frage. Es ist bereits hervorgehoben worden, dass man annehmen kann, die Vollmachtserteilung bewirke ein Recht des Bevollmächtigten, ein Kannrecht d. h. die Befugnis durch Willenserklärungen Rechtswirkungen für einen Andern auszulösen. Man könnte somit sagen, dass, wenn der Bevollmächtigte die Täuschung selbst verübt hat oder die von einem Andern verübte Täuschung kannte oder kennen musste, die Vollmachtserteilung ihm gegenüber anfechtbar ist. Aber abgesehen davon, dass es schon zweifelhaft ist, ob man hier von einem Recht im Sinne des § 123 Abs. 2 S. 2 sprechen kann — verneinend die meisten —, ist vor allem zu beachten, dass die Interessen des Erklärungsempfängers, der die Täuschung weder verübt hat noch sie kennen musste, durch eine solche Anfechtung nicht verletzt werden dürfen. Der § 123 Abs. 2 S. 2 setzt voraus, dass aus der Erklärung für den Andern ein selbständiges Recht entsteht, an dem der Erklärungsempfänger nicht interessiert ist, gewissermassen ein Zweigrecht wie bei dem Vertrag zu Gunsten Dritter. Es würde also die Anwendung des § 123 Abs. 2 S. 2 nur zu dem Ergebnisse führen können, dass nach erfolgter Anfechtung im Verhältnisse des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten das Vertretungsrecht als nicht entstanden gilt, während die Interessen des Geschäftsgegners nicht berührt werden, also im Verhältnis zwischen ihm und dem Vollmachtgeber das Geschäft auf Grund giltiger Vollmacht abgeschlossen ist. Somit hat die Anfechtung gegenüber dem Bevollmächtigten keine praktische Bedeutung. Man könnte ja folgende Argumentation versuchen: Der Vollmachtgeber hat infolge Täuschung Vollmacht zur Eingehung von Verbindlichkeiten erteilt. Der Bevollmächtigte hat nun mit dem Geschäftsgegner, dem gegenüber die Vollmacht erklärt ist und der die Täuschung weder kannte noch kennen musste, Verpflichtungsgeschäfte abgeschlossen, obwohl er die Täuschung kannte. Dem Geschäftsgegner gegenüber ist die Vollmachtswillenserklärung nicht anfechtbar, für ihn ist ein Forderungsrecht gegen den Vollmachtgeber entstanden, dagegen kann die Vollmachtswillenserklärung gegenüber dem Bevollmächtigten angefochten werden. Im Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen könnte letzterer dann sagen, du hast mir gegenüber ohne Vertretungsmacht gehandelt, in unserem Verhältnis bist du Vertreter ohne Vertretungsmacht und hast somit das Verpflichtungsgeschäft selbst zu erfüllen bezw. mich von der Verbind-

lichkeit zu befreien. Jedoch ergibt sich ohne weiteres, dass der § 179 auf diese Sachlage in keiner Weise analog angewendet werden kann. Soweit der Bevollmächtigte die Täuschung selbst verübt hat und vielfach auch, soweit er die von einem Andern verübte Täuschung kannte, wird sich der Vollmachtgeber gemäss § 826 schadlos halten können. Hat also der Bevollmächtigte mit dem Geschäftsgegner, der die Täuschung weder kannte noch kennen musste, ein Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen und stellt sich dieser Geschäftsabschluss seitens des Bevollmächtigten als vorsätzliche Schadensstiftung wider die guten Sitten dar, so kann der Vollmachtgeber gemäss §§ 826, 249 von dem Bevollmächtigten Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Soweit der Bevollmächtigte die Täuschung selbst verübt oder an ihr teilgenommen hat, kann unter Umständen auch § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zutreffen.

Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten und hat einer dieser konkreten Erklärungsempfänger die Täuschung verübt, so dürfte es dem Prinzip des § 123 Abs. 2 am meisten entsprechen, diese Vollmachtserteilung gewissermassen in einzelne an jeden Dritten erfolgte Bevollmächtigungen zu zerlegen und daher die infolge der Anfechtung eintretende Nichtigkeit nur gegenüber dem Dritten eintreten zu lassen, der die Täuschung verübt hat, da dieser für die anderen Bevollmächtigungen wieder als „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 erscheint. Hat ein Dritter, also keiner der konkreten Erklärungsempfänger, die Täuschung verübt und hat einer aus der unbestimmten Personenmehrheit die Täuschung gekannt oder musste er sie kennen, so fällt auch hier infolge der Anfechtung die Vollmachtserteilung nur ihm gegenüber zusammen. Man könnte allerdings auch behaupten, dass die infolge der Anfechtung eintretende Nichtigkeit die Vollmachtswillenserklärung allen gegenüber ergreife, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Bevollmächtigung auch ohne den nichtigen Teil d. h. ohne die Vollmachtserteilung, soweit sie gegenüber dem Täuschenden bezw. dem in fahrlässiger Unkenntnis von der Täuschung Befindlichen als einem der Beteiligten erfolgt ist, vorgenommen sein würde (Staudinger a. a. O. I. Band zu § 139, 3, zu § 142, 6, RGZ 59 S. 175, 62 S. 185). Jedoch erscheint die erstere Lösung dieser Frage mehr einer gerechten Interessenabwägung zu entsprechen. Im übrigen gilt das oben Ausgeführte.

Zu den vorstehenden Ausführungen ist noch zu bemerken, dass für die Frage des Verhältnisses zwischen Anfechtung und Widerruf und der Durchführung der Anfechtung die bei der Besprechung des Irrtums entwickelten Grundsätze entsprechend zu übertragen sind.

c) Endlich kommt noch in Frage der Fall, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist. Auf diese Kundgebung finden die Grundsätze der Täuschung entsprechende Anwendung. Eine Täuschung kann nicht nur für Willenserklärungen, sondern ebenso gut für rein tatsächliche Handlungen kausal sein. Die Anfechtung gewinnt bei der Kundgebung erst Bedeutung, wenn auf Grund der kundgegebenen Vollmacht bereits ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, da vorher die Rücknahme der Kundgebung gemäss §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 genügt. Die Kundgebung der Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an den Dritten ist nach Analogie der empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu behandeln. Es ist somit Voraussetzung für die Anfechtbarkeit dieser Kundgebung, dass der Dritte die Täuschung selbst verübt hat oder die von einem Andern verübte Täuschung kannte oder kennen musste. Im Falle der Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Vertreter und Vorlegung derselben, muss ebenfalls der Dritte die Täuschung verübt haben oder die von einem Andern verübte Täuschung kennen oder kennen müssen. Besondere Schwierigkeiten macht die Kundgebung der erfolgten Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung. An und für sich läge hier eine nichtempfangsbedürftige Erklärung vor, deren Anfechtbarkeit wegen Täuschung ohne Rücksicht auf die Person des Täuschenden möglich wäre. Es fragt sich aber, ob nicht im Interesse der Verkehrssicherheit in diesem Falle, wenn sich der Erklärende an die breite Öffentlichkeit wendet, eine gewisse Einschränkung der Anfechtbarkeit geboten ist. Der Erklärende, der die öffentliche Bekanntmachung erlässt, muss sich sagen, dass viele infolge dieser Bekanntmachung sich mit dem Bevollmächtigten einlassen, und er kann jedenfalls nicht besser gestellt werden, als wenn die Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber beliebigen Dritten stattgefunden hätte. Es ist daher zu sagen, dass die Anfechtbarkeit der öffentlichen Bekanntmachung mit Wirkung für denjenigen, der sich auf Grund derselben mit dem Bevollmächtigten

eingelassen hat, stets voraussetzt, dass dieser die Täuschung selbst verübt hat oder die von einem Andern verübte Täuschung kannte oder kennen musste.

Die Kundgebung der Bevollmächtigung erfolgt in der Regel bloss dann, wenn eine Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden bereits stattgefunden hat und es ist daher des weiteren noch das Verhältnis der Kundgebung zur Bevollmächtigung im Falle einer Täuschung zu untersuchen.

In der Regel wird eine Täuschung sowohl für die Vollmachtserteilung als für die Kundgebung der erfolgten Bevollmächtigung kausal sein. Für die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung ist Voraussetzung, dass der Bevollmächtigte die Täuschung verübt hat oder die von einem Dritten verübte Täuschung kannte oder kennen musste, für die Anfechtbarkeit der Kundgebung, dass derjenige, dem die Kundgebung durch besondere Mitteilung, eventuell gemäss § 172 geworden bezw. der sich im Falle der öffentlichen Bekanntmachung mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, die Täuschung verübt hat bezw. die von einem Andern verübte Täuschung kannte oder kennen musste.

Es ist zunächst möglich, dass die Vollmachtserteilung anfechtbar ist, dagegen nicht die Kundgebung. Hier sind eben die Rechtsgeschäfte auf Grund der durch die Kundgebung kraft Gesetzes begründeten Vertretungsmacht für den Kundgebenden wirksam und er kann sich eben unter Umständen gemäss § 826 bei dem Bevollmächtigten schadlos halten. Ist die Anfechtung der Vollmachtserteilung bereits erfolgt und weiss dies derjenige, zu dessen Gunsten die Kundgebung wirkt, oder musste er es wissen, so kann er sich auf die Kundgebung gemäss § 173 nicht berufen, auch wenn er den Grund der Anfechtung, die Täuschung, weder kannte noch kennen musste. Dies gilt bezüglich der nach erfolgter Anfechtung geschlossenen Geschäfte, bezüglich der früheren wirkt die Kundgebung in analoger Anwendung des § 173 in Verbindung mit § 142 Abs. 2 nicht zu Gunsten derjenigen, welche die Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung kannten oder kennen mussten.

Andererseits kann die Vollmachtserteilung unanfechtbar sein, dagegen die Kundgebung anfechtbar. Soweit derjenige, zu dessen Gunsten die Kundgebung wirkt, die Täuschung selbst verübt hat oder die von einem Dritten verübte Täuschung kannte, muss er sich sagen, dass die Ausübung der unanfechtbaren Vollmacht dem

Willen des Machtgebers nicht entspricht und kann sich daher, auch wenn eine Anfechtung der Kundgebung nicht erfolgt, weder auf die Vollmacht noch auf die durch die Kundgebung kraft Gesetzes begründete Vertretungsmacht berufen. Ebenso würde in den meisten Fällen bei dieser Sachlage der § 826 zutreffen, der gegenüber der Geltendmachung der Vollmacht bezw. der auf Grund der unangefochtenen Kundgebung kraft Gesetzes bestehenden Vertretungsmacht einen Einwand ergibt. Muss derjenige, zu dessen Gunsten die Kundgebung wirkt, die von einem Andern verübte Täuschung kennen, so wird durch die Anfechtung die Kundgebung und damit die sich an sie anschliessende gesetzliche Vertretungsmacht beseitigt, es ist jedoch die Vollmachtserteilung unanfechtbar und daher wäre ein vor der Anfechtung geschlossenes Rechtsgeschäft trotz Beseitigung der Wirkungen der Kundgabe wirksam, sofern nur die Kundgebung der tatsächlich erteilten Vollmacht entspricht und das Rechtsgeschäft sich in den Grenzen der unanfechtbaren Vollmacht gehalten hat. Ist dagegen die Anfechtung der Kundgebung erfolgt und weiss dies derjenige, zu dessen Gunsten sie wirkt, so kann er aus späteren Geschäften keine Rechte gegen den Vollmachtgeber ableiten, da er nunmehr weiss, dass die Ausübung der Vollmacht dem Willen des Machtgebers nicht mehr entspricht. Vielleicht liesse sich auch behaupten, dass die Unanfechtbarkeit der an den Bevollmächtigten erklärten Vollmacht, der die Täuschung weder kannte noch kennen musste, nur in dessen Interesse gemäss § 123 Abs. 2 von dem Gesetzgeber statuiert ist, dass sich im vorliegenden Falle der Dritte lediglich auf die Kundgebung verlässt, die ihm ja auch kraft Gesetzes dieselbe Position verschafft wie eine an ihn gerichtete Vollmachtserklärung und dass daher der Dritte sich im Falle der durch Anfechtung erfolgten Beseitigung der Kundgebung nicht auf die lediglich im Interesse des Bevollmächtigten aufrecht erhaltene Vollmacht berufen kann.

Es ist nun aber auch denkbar, dass die Täuschung nur für die Vollmachtserteilung kausal war, dagegen nicht für die Kundgebung. Vorwegzunehmen ist der Fall, dass der Vollmachtgeber zur Zeit der Kundgebung die Täuschung bereits erkannt hat und nunmehr trotzdem die Kundgebung erlässt, worin ja zugleich eine Bestätigung der etwa anfechtbaren Vollmachtserteilung liegt. Es kann aber auch der Vollmachtgeber den Betrug nicht erkannt und nunmehr die Kundgebung erlassen haben, bei der eine genaue

Untersuchung ergibt, dass die Täuschung bei ihr eine kausale Bedeutung nicht mehr gehabt hat. Solche Fälle werden allerdings äusserst selten sein, es ist aber immerhin möglich, dass der Vollmachtgeber ohne weitere Gedanken die Kundgebung späterhin deshalb erlässt, weil er Vollmacht erteilt hat (vgl. auch Rosenberg a. a. O. S. 722). Ist nun die Vollmachtserteilung gemäss § 123 Abs. 2 unanfechtbar, hat aber derjenige, zu dessen Gunsten die ebenfalls unanfechtbare Kundgebung wirkt, die allein für die Vollmachtserteilung kausale Täuschung selbst verübt oder die von einem Dritten verübte Täuschung gekannt, so musste er sich sagen, dass die Ausübung der Vollmacht wie der auf Grund der Kundgebung bestehenden Vertretungsmacht dem wahren Willen des Machtgebers nicht entspricht und kann daher, da in der Kundgebung hier keine Bestätigung liegt, aus einer Willenserklärung des Vertreters Rechte gegen den Machtgeber nicht herleiten. Ist dagegen die Vollmachtserteilung anfechtbar, so gilt ebenfalls zunächst für den Fall, dass der Dritte, zu dessen Gunsten die Kundgebung wirkt, die Täuschung verübt oder die von einem Dritten verübte Täuschung gekannt hat, das oben Ausgeführte. Muss ferner dieser Dritte die Täuschung und damit die eventuelle Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung kennen, so wird er nach erfolgter Anfechtung so behandelt, als ob er die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung gekannt hätte, und kann somit in analoger Anwendung des § 173 die Wirkungen der Kundgebung nicht für sich geltend machen, es sei denn, dass er annehmen durfte, der Vollmachtgeber habe in Kenntnis des Betruges also unter Verzicht auf das Anfechtungsrecht die Kundgebung erlassen. Auch in den obigen Fällen der Unanfechtbarkeit der Vollmacht ist zu sagen, dass wenn der Dritte die Täuschung nur gekannt hat und die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Bevollmächtigten nicht zugleich unter § 826 fällt, ihm ebenfalls der Beweis dahin zu verstatten ist, er habe ohne Fahrlässigkeit annehmen dürfen, die Kundgebung sei in Kenntnis der Täuschung also unter Billigung der Vollmacht erfolgt, und es vermag der Dritte in diesem Falle aus einer Willenserklärung des Vertreters Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten.

Endlich kann auch nur die Kundgebung durch eine Täuschung bestimmt sein, hier kommt allein ihre Anfechtbarkeit in Frage, während die Vollmachtserteilung vollkommen gültig ist und damit auch jedes seitens des Vertreters vorgenommene Rechtsgeschäft,

soweit es in den Rahmen der Vollmacht fällt, für den Vertretenen seine volle Wirksamkeit entfaltet. Es ist z. B. der Vollmachtgeber durch Täuschung bestimmt worden, eine umfassendere Vollmacht als die in Wirklichkeit erteilte kundzugeben.

§ 13.

7. Drohung.

a) Die Vollmacht ist erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden.

Ist der Vollmachtgeber zur Abgabe der Vollmachtswillenserklärung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden, so kann er die Erklärung anfechten. Auch hier erlangen die Anfechtungsgrundsätze erst Bedeutung, wenn der Widerruf der Vollmacht nicht möglich ist bezw. nicht mehr genügt. Besondere Beachtung verdient hier nur der Fall, dass der Bevollmächtigte den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat und nunmehr nach erfolgter Anfechtung seitens des Geschäftsgegners auf das negative Interesse in Anspruch genommen wird. Der Vollmachtgeber hat nämlich neben seinem Anfechtungsrecht einen Schadensersatzanspruch gemäss §§ 823, 826. Ficht er das Rechtsgeschäft an, so hat er stets noch den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Hiebei fragt es sich, ob nicht der Vollmachtgeber die Interessen seines Bevollmächtigten liquidieren kann. Dies wird zu bejahen sein, zumal derjenige, der die Vollmachtserteilung durch Drohung herbeigerufen hat, stets damit rechnen muss, dass der Bevollmächtigte wegen seiner Haftung ein Interesse an dem Bestehen der Vollmacht hat, und dass somit dritte Interessen durch seine unerlaubte Handlung geschädigt werden. Kann der Vollmachtgeber dieses Interesse des Bevollmächtigten liquidieren, so kann er auch diesen Schadensersatzanspruch an den Bevollmächtigten behufs eigener Geltendmachung abtreten, ja es ist dem Bevollmächtigten, der von dem Geschäftsgegner in Anspruch genommen wird, das Recht zuzuerkennen, Abtretung des Schadensersatzanspruches insoweit von dem Vollmachtgeber zu verlangen. Ein direkter Schadensersatzanspruch gegen den Drohenden gemäss § 826 ist für den Bevollmächtigten dann begründet, wenn dieser positiv seine Schädigung in Aussicht genommen hat. Hat jedoch der Vertreter die Drohung und damit die Anfechtbarkeit bezw.

gemäss § 142 Abs. 2 die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung gekannt, so vermag er keinen Ersatz zu erlangen.

b) Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so ist bei widerrechtlicher Bestimmung durch Drohung die Erklärung ebenfalls anfechtbar. Hat der Bevollmächtigte im Falle der Anfechtung den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt und wird er seitens des Geschäftsgegners in Anspruch genommen, was allerdings nach der hier vertretenen Ansicht als ausgeschlossen erscheint, wenn der Bevollmächtigte durch die auffordernde Behauptung des Dritten, dass er Vollmacht habe, erst zum Abschluss eines Ausführungsgeschäfts veranlasst worden ist, so ist ihm auch hier die oben ausgeführte Regressmöglichkeit bezw. der direkte Schadensersatzanspruch zuzuerkennen.

c) Endlich ist noch zu besprechen der Fall, dass die erfolgte Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung eventuell gemäss § 172 oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben ist.

Auf diese Kundgebung finden die Grundsätze der Drohung ebenfalls entsprechende Anwendung, namentlich besteht im Falle öffentlicher Bekanntmachung schlechthin Anfechtbarkeit (a. A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 713). In der Regel erfolgt die Kundgebung bloss dann, wenn eine Vollmachtserteilung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden bereits stattgefunden hat. Hier wird die Drohung meistens sowohl für die Vollmachtserteilung als für die Kundgebung kausal sein und so die Anfechtbarkeit beider begründen. Es ist aber auch möglich, dass die Drohung nur für die Vollmachtserteilung, nicht mehr für die Kundgebung bestimmend war, jedoch wird bei dieser Sachlage die Kundgebung in der Regel eine Bestätigung enthalten und damit das Anfechtungsrecht in Ansehung der Vollmachtserteilung zum Erlöschen bringen. Umgekehrt kann auch nur die Kundgebung infolge Drohung anfechtbar sein, so wenn der Vollmachtgeber durch Drohung veranlasst worden ist, eine Vollmacht mit weiterem Inhalt als die in Wirklichkeit erteilte kundzugeben. In Ansehung der Einzelheiten kann auf das bei der Täuschung Ausgeführte verwiesen werden.